

UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

TRABAJO FINAL

“EL DAÑO AMBIENTAL Y EL DERECHO”

Alumna: SANDRA PALENA



“EL DAÑO AMBIENTAL Y EL DERECHO”

Tesista: SANDRA VERÓNICA PALENA

Título a obtener: ABOGADO

Facultad: DERECHO

Fecha de Presentación: DICIEMBRE 2004

UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

***“La Tierra no la heredamos de nuestros padres,
la tomamos prestada de nuestros hijos.”***

Parque Nacional “EL PALMAR”, Colón, Entre Ríos

INDICE

Resumen	6
I. Introducción	7
II. Conceptualización del Derecho Ambiental	8
III. Marco Legislativo	10
1. ¿El Derecho Ambiental tiene apoyatura constitucional?	10
2. Reforma Constitucional '94	11
IV. Derecho Comparado	15
1. Unión Europea	15
2. Países de Europa	16
3. Países de Latinoamérica	18
V. Fundamentación	21
1. ¿Qué se entiende por Daño Ambiental?	22
2. Principales Hechos Contaminantes Contemporáneos	26
2.1. Contaminación Atmosférica	26
2.2. Contaminación de las Aguas	30
2.3. Acumulación de Residuos Sólidos	32
3. Determinación del Bien Jurídico Protegido	34
4. El Daño Ambiental en la legislación y jurisprudencia argentina.	35
4.1. La Reparación Civil	35
4.2. Responsabilidad objetiva derivada del vicio de la cosa	38
4.3. Responsabilidad derivada del exceso de la normal tolerancia entre vecinos	39
VI. Ley 25.675. Política Ambiental Nacional	44
1. Principios de la LGA.	50
2. Conceptualización del Daño Ambiental en la LGA.	56
3. Sistema de Responsabilidad Objetiva	59
4. Reparación del Daño Ambiental	62

5.	Legitimación Activa	65
6.	Principio “contaminador – pagador”. Su correcta interpretación	67
7.	Legislación en la provincia de Santa Fe	69
VII.	Herramientas Jurídicas Novedosas que posibilitan la Prevención del Daño Ambiental	72
1.	Seguros Ambientales	73
2.	Etiqueta Ecológica	76
2.1.	Concepto	76
2.2.	Experiencia extranjera	78
2.3.	Propuestas para su implementación. Lineamientos mínimos	79
3.	Daños Punitivos	80
3.1.	Concepto	80
3.2.	Cuantificación	84
4.	Evaluación del Impacto Ambiental	86
5.	Auditorias Ambientales	93
6.	Medios Procesales para la Tutela Ambiental	95
6. I	El proceso como instrumento	95
6. II	Instrumentos Preventivos	96
6.III.	Instrumentos conservadores y reparadores	99
6.IV	Medios de carácter mixto	100
VIII.	Reflexiones Finales	104
IX.	Jurisprudencia	106
X.	Bibliografía	119
XI.	Citas Bibliográficas	120

RESUMEN

El calentamiento global puede parecer un concepto remoto y hasta demasiado incierto. Las advertencias sobre el cambio climático pueden sonar como tácticas ambientalistas alarmantes para asustarnos y obligarnos a dejar nuestros autos, fastidiando nuestro estilo de vida. Durante siglos la humanidad desvastó bosques, quemó carbón, petróleo y gas, arrojando gases a la atmósfera que atrapan el calor más rápido de lo que las plantas y los océanos pueden hacerlo.

En el 2001 un informe histórico del Panel Intergubernamental sobre el Cambio Climático, de la ONU, declaró que casi con certeza la actividad humana impulsó la mayor parte del calentamiento del siglo pasado. Las consecuencias de este proceso son cada vez más preocupantes: los hielos se están derritiendo, los ríos se secan, las costas se erosionan, la flora y fauna están sintiendo el calor, y esto amenaza también a las comunidades.

Ahora bien, no resulta infortunado expresar que la cuestión ambiental requiere la reformulación de políticas al respecto de orden internacional, pero estas se tornan inoperables, en oportunidades, frente a las presiones de sectores económicos.

Nuestro país no está ajeno a la problemática del medio ambiente, y por lo tanto mi trabajo pretende brindar un enfoque personal del mismo, haciendo un relevamiento de las principales hechos contaminantes y un análisis de la normativa vigente, a los efectos de proponer, modestamente, algunas herramientas que contribuirían a lograr un desarrollo y aprovechamiento equilibrado de los recursos, para nosotros y las generaciones venideras.

I. INTRODUCCION

La elección del tema obedece al interés que despierta en mí como ciudadana la premisa básica: EL HOMBRE SIMPLEMENTE POR VIVIR DEGRADA SU ENTORNO, de ahí que el problema del AMBIENTE surja del momento en que se constata que cualquier intervención del hombre determina una modificación de los componentes físicos naturales que lo circundan.

La contaminación del medio ambiente es un problema que TRASCIENDE las fronteras, como tal debe ser enfrentado por los Estados a efectos de encontrar una solución aceptable, definitiva y razonable.

Debemos tener en cuenta que la toma de conciencia sobre la fragilidad del ambiente en el mundo ocupa y preocupa a todas las naciones. Ningún estado se encuentra en condiciones, “per se”, de combatir con éxitos los fenómenos ambientales, por ejemplo deforestación o desertificación que hoy día se producen como efecto directo del calentamiento global del planeta,

La situación que resulta del presente conflicto se enmarca dentro de nuestra legislación nacional, en torno a la aspiración de proveer al respeto del “derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las generaciones futuras” (artículo 41 CN.).

En concordancia se observa que el fenómeno tecnológico presenta dos fases: el progreso científico-técnico puede ser utilizado tanto para preservar los recursos de la naturaleza como para segarlos paulatinamente por el deterioro del medio ambiente. Es decir puede conducir a la elevación del individuo pero también a su aniquilamiento o desnaturalización.

La problemática ambiental presenta el conflicto entre los intereses individuales en el desarrollo de una determinada actividad junto con los beneficios que ellos proporcionan, y los intereses de los miembros de la colectividad, cuyo fin es permanecer indemnes de las consecuencias que pudieren resultarles nocivas.

De este modo se va avizorando que dicha temática comprende un número importante de cuestiones vinculadas con la temática ambiental y su protección jurídica.

En primer lugar desarrollaré un análisis preliminar de las políticas implementadas a la fecha, para luego continuar con lineamientos legislativos, jurídicos, socio-económicos y civiles.

Finalmente intentaré diseñar, en el presente trabajo, mi perspectiva en función a la necesidad de desarrollar nuevos presupuestos puntuales de protección ambiental.

II. CONCEPTUALIZACIÓN DEL DERECHO AMBIENTAL

La protección del medio ambiente tiene por finalidad el cuidado del hombre, atendiendo a las necesidades que puedan ser satisfechas utilizando en forma racional y sustentable los recursos naturales de la naturaleza en sí misma, y no el cuidado del ambiente en sí mismo.

Sobre esta visión se articula el Derecho Ambiental, sobre la base del desarrollo sustentable, tendiendo a proveer a la satisfacción de las necesidades de la población actual, previendo y sin desatender las necesidades de las generaciones futuras.

Por ello, el Derecho Ambiental regula las actividades humanas que puedan impactar sobre los recursos naturales y el medio ambiente.

Si bien el derecho ambiental ha preexistido a las ramas tradicionales del derecho y coexistido con ellas, no constituye una rama jurídica independiente y eso dificulta la precisión acerca de su contenido; tanto el Derecho Privado como el Público regulan distintos caracteres del Derecho Ambiental.

Tiene un campo de acción muy amplio, no solo por estar relacionado con otras ramas del derecho, sino también por nuestro sistema federal de gobierno, el que plantea un poder de policía compartido entre la Nación y las Provincias. De esta manera el área legal del instituto se orienta a la investigación científica con el objeto de sistematizar la información legislativa en la materia, para poder brindar asesoramiento, tanto en las diversas líneas de investigación del instituto como a la comunidad.

El derecho ambiental es un derecho *horizontal* que atraviesa diversas ramas jurídicas, tanto de derecho público como del derecho privado, generando un ámbito de responsabilidad sujeto a principios propios que demandan el afinamiento de las herramientas jurídicas tradicionales.

Es *evolutivo y dialéctico, conciliador y transaccional* entre los intereses de las partes sobre un bien común que es el ambiente; conjuga el desarrollo ambiental con el económico; es un instrumento de política ambiental.

El Derecho del Medio Ambiente desde su creación ha sido considerado “*una especie de laboratorio de regulación del ordenamiento jurídico en su conjunto*”. Ante la aparición de nuevas problemáticas o desde nuevas percepciones de antiguas situaciones, el Derecho Ambiental deja al descubierto lo que la doctrina viene denominando situaciones de “*déficits adaptativos*” por parte de los sistemas del Derecho Clásico, lo cual constituye, ciertamente, un desafío para el Derecho. Es evidente que, superando el debate acerca de la autonomía científica de esta nueva rama del derecho, nos encontramos frente a la existencia de nuevos campos de referencia¹.

Por su parte el Dr. Cassagne² entiende que esta conformación del Derecho Ambiental como un derecho especial, con una relativa autonomía en el campo de la interpretación, implica llevar a cabo una tarea de armonización entre los fines y objetivos ambientales con las técnicas y principios propios de cada disciplina jurídica. En la medida en que la protección del medio ambiente necesita de un determinado comportamiento de los actores privados y públicos, el derecho se convierte en un instrumento que perite inducir conductas positivas acordes. Un objetivo tan amplio como el de la protección del medio ambiente se podrá perseguir, presumiblemente, con mayor eficacia, haciendo posible la integración del Derecho del medio ambiente en el conjunto del ordenamiento jurídico, con la consiguiente fuerza de la aplicación de sus institutos.

En nuestro país es reciente la regulación de normas expresas de Derecho Ambiental, como las que se autodefinen “*leyes de política general de ambiente*”, o bien, las que se refieren a una materia de indudable raigambre ambiental, como ser las normas sobre “*contaminación del aire*” o sobre “*evaluación del impacto ambiental*”.

A fin de delimitar el campo temático, considero necesario definir términos tales como “*AMBIENTE*” y “*DERECHO AMBIENTAL*”, así como la precisión de términos afines a la materia, tales como “*naturaleza*”, “*ecología*”.³

- *El MEDIO AMBIENTE es el conjunto de valores naturales, sociales y culturales existentes en un lugar y momento determinados. Es aquel espacio en el que el hombre se desarrolla, que el hombre condiciona y que es condicionado por el hombre.*
- *DERECHO AMBIENTAL es el que norma la creación, modificación, transformación y extinción de las relaciones jurídicas que condicionan el disfrute, la preservación y el mejoramiento del ambiente.*
- *NATURALEZA es el conjunto de elementos dados que acoge, sustenta y arremete al hombre desde el principio de su existencia y que preexiste a aquel.*
- *ECOLOGÍA: ciencia que estudia los organismos vivos, su interrelación entre sí y su ecosistema.*

III. MARCO LEGISLATIVO

¿El DERECHO AMBIENTAL tiene apoyatura constitucional?

Aún antes de la reforma de 1994 el Derecho Ecológico o Ambiental encuentra su apoyatura constitucional en el artículo 33, el cual incluye en los derechos no enumerados, los derechos naturales de los hombres y de los pueblos, norma que importa una cláusula abierta comprensiva no solo de los derechos computados como naturales (de los individuos y de las asociaciones) en 1860, fecha en que se insertó el actual artículo 33 en la constitución, sino también los computables posteriormente.

En el desarrollo contemporáneo de la conciencia jurídica es indudable que el derecho a contar con calidad de vida (derecho de tercera generación), es entrevisto como un derecho inherente a todo ser humano. Además está estrechamente vinculado con el derecho constitucional a la salud (física y mental), de tal modo que es imposible afianzar a éste si al mismo tiempo no se tutela constitucionalmente el “ecosistema”.

En síntesis es factible detectar ahora un derecho constitucional en defensa del medio ambiente situado en el artículo 33 de la ley fundamental, exigible como derecho o interés difuso, y ejercitable, en su caso, por medio de las acciones ordinarias, declarativas y de amparo.

Reforma Constitucional de 1994

Luego de la Reforma Constitucional de 1994, la convención trató concretamente el tema en el artículo 41, elaborado inicialmente en la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías; el miembro informante destacó que se trataba de derechos de Tercera Generación y citó como antecedente las constituciones de España, Portugal y Perú, además de una serie de declaraciones y convenios internacionales, como las conferencias de Estocolmo (1972) y la cumbre de Rio de Janeiro (1992), entre las principales (“diario de Sesiones” p.1606 y ss.).

Se evidencia que el criterio de la Convención Constituyente de 1994 no fue incorporar el Derecho Ambiental como materia de fondo (artículo 75 inc.12)⁴, sino incorporarlo como un “nuevo derecho”⁵. Así dentro del amplio abanico de disposiciones que regulan la materia ambiental en el nuevo texto constitucional se pueden destacar los artículos 41; 42; 43; 75 –incisos 17, 19, 22, 24, 30-; 85; 86; 121; 124.

Artículo 41

“Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras, y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.”

Este nuevo derecho también es reconocido como “*Derecho a una mejor calidad de vida*”, en el cual se incluyen entre otros como ser Derecho a la defensa del ecosistema, Derecho de los pueblos al desarrollo, al progreso, a la explotación de los propios recursos, a la paz, a la autodeterminación, a la integridad territorial.

Conforme a lo expresado en el artículo transcrito ut supra, corresponde entonces a la Nación el dictado de una *Ley Marco* con los presupuestos mínimos para la protección del medio ambiente. Se presenta entonces una concurrencia con las provincias pero sólo en los presupuestos mínimos que éstas deberán respetar al dictar las legislaciones locales.

El Gobierno de la Nación asume, por disposición constitucional, el poder de policía que corresponde a la tutela ambiental en todo el territorio de la República, para que el Congreso de la Nación dicte la normativa básica que establezca los presupuestos mínimos de protección del ambiente, de los recursos naturales, del patrimonio natural y cultural, de la diversidad biológica, de la información y la educación ambiental.

En concurrencia con estas atribuciones, las legislaturas provinciales deberán dictar las normas necesarias y complementarias a su aplicación en las respectivas jurisdicciones, adecuadas a las modalidades y particulares del medio ambiente y desarrollo propio de cada una de ellas.

Cabe recordar que hasta la Reforma constitucional de '94, la Nación legislaba para la Capital Federal y territorios nacionales, y que las provincias por imperio de sus poderes reservados, se dictaban sus propias normas de protección o adherían a las federales.

Haciendo un breve análisis del artículo 41 de la CN. se podrá destacar⁶:

-SUJETOS TUTELADOS. La norma ampara a “todos los habitantes” abarcando también de manera explícita a las “generaciones futuras”, vale decir que el Estado asume el compromiso hacia el porvenir. Se perfila así un derecho “intergeneracional”, preocupado por el desarrollo sustentable. Este interés había ya sido plasmado en el tercer principio de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.

-OBJETIVOS. Ambiente sano y equilibrado. La expresión involucra las nociones de preservación y no-contaminación de elementos tales como el aire, el agua, el suelo y los demás factores necesarios para la vida, e importa la concertación de una política ambiental adecuada para hacerlo valer.

Para hacer valer ese principio de precaución será necesario establecer mecanismos que permitan anticipar el daño ambiental, tales como son las auditorías ambientales, los estudios de impacto ambiental, prevención de grandes accidentes ambientales, etc.

Asimismo el “deber” o carga pública⁷ de preservar el ambiente, incluye el derecho a preservarlo⁸. Para poder ejercitar ese derecho se debe contar con la legitimación procesal adecuada para hacerlo.

Para el caso en que los mecanismos preventivos sean insuficientes, el párrafo alude a la “obligación de recomponer”, creando de esta forma un concepto distinto al de reparar, resarcir o indemnizar, para el caso específico de daño ambiental, que consiste en restablecer, de ser posible, la situación previa al daño; y de no ser posible ello, el deber de reparación cuando el daño se produzca y no se pueda volver a las condiciones anteriores. Ahora, cabe preguntarme, cuál es el alcance de la expresión “*prioritariamente*”?

Una primera interpretación puede entenderse que el término se opone a *exclusivamente*, *únicamente*. Desde este ángulo sería una opción que podría ejercerse entre la recomposición, en el sentido de volver a colocar las cosas en su lugar; o bien reparar, entendiéndose por tal, el resarcimiento económico. Ésta parece ser la posición de una parte de la doctrina, que convalida el principio general del derecho civil que afirma que el daño siempre puede ser reparado.

Una segunda interpretación entiende que el término “prioritariamente” supone en el caso analizado, supone la reparación en la *especie siempre que sea posible* (atendiendo que en ocasiones esto no será técnicamente o fácticamente posible) o aun *sin perjuicio de otras obligaciones* (considerando que la obligación de recomponer se debe entender sin perjuicio de otras obligaciones no tan prioritarias en términos ambientales como el pago de una indemnización o el cumplimiento de una sanción penal).

Particularmente participo de este segundo criterio: la *obligación prioritaria de recomponer* no es una opción para la víctima del daño o para el causante del mismo. Aquí no está en juego un interés particular sino un “interés general”, es por ello que la reparación del daño no puede quedar sujeta a la voluntad de las una o ambas partes, ni puede ser reemplazado con un monto indemnizatorio.

El fundamento de la recomposición ambiental no es un fundamento económico sino moral, que expresa un síntoma de preocupación “meta – materialista”: es el deseo de preservar un patrimonio “físico”, “material”, “natural”, y también “espiritual”, “histórico” y “cultural” que contribuye a definir nuestra identidad.

Aclaro que sólo en la hipótesis que la recomposición sea técnicamente imposible, podrá entonces hablarse de “indemnización sustitutiva”. Lo dicho es sin perjuicio de la indemnización “complementaria” a la *recomposición* que la ley o los jueces puedan establecer para reparar íntegramente el daño causado.

-PROVEER A LA PROTECCIÓN DE ESTE DERECHO. Se pueden identificar como tareas de la autoridad, necesarias para cumplir con el mandato “proveer a la protección de este derecho”, dictar normas de protección ambiental, establecer procedimientos ágiles y seguros que permitan su aplicación, crear centros de información, difusión y educación ambiental; fijar una adecuada política ambiental; capacitar y especializar a los organismos que velen por el cumplimiento de las normativas ambientales.

En cuanto a la *utilización racional de los recursos naturales* habilita a “las autoridades” a legislar en materia de recursos naturales, en tanto a su explotación racional y siempre que no se transgreda el dominio originario que tienen las provincias sobre ellos (artículo 124, segundo párrafo CN)

También el artículo 41 expresamente se refiere a la “preservación del patrimonio natural y cultural”, lo cual habilita al Estado a regular en materia de parques, reservas, protección de especies y ecosistemas, lugares históricos y culturales, bibliotecas, archivos, museos, zoológicos, jardines botánicos.

En cuanto a la “preservación de la diversidad biológica” es un mandato que nuestro país había ya adherido en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (UNCED’92) y había sido consagrado entre los principios de la conferencia de Rio, ratificado por ley nacional 24.375.

En materia de “información y educación ambientales” deberá, entre otras cosas, garantizarse el acceso a la información que descansa en ámbitos públicos a fin de que toda la población pueda opinar y adoptar decisiones sobre los problemas ambientales que puedan llegar a afectarla.

Con tal fin es necesario que se instituyan sistemas que posibiliten el retorno de información a través de mecanismos populares, como podrían ser las audiencias y debates públicos.

En cuanto a educación ambiental debe impartirse la misma en todos los niveles de la educación formal y también la informal, difundida a través de los medios de comunicación y slogans publicitarios

-PROHIBICIÓN DE INGRESAR RESIDUOS PELIGROSOS Y RADIATIVOS.

Es indudable que la redacción del cuarto párrafo del artículo 41 se refiere a una situación particularizada dentro de la cláusula tutelar del ambiente, lo cierto es que al momento de redactarla, los constituyentes evaluaron la peculiaridad y el grado de peligrosidad que conlleva este tipo de residuos, desde su generación y hasta su manipulación.

Por ello es que la norma prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos radiactivos en forma expresa, clara y contundente, y distinguiéndolos de los residuos meramente peligrosos.

Aquí se le otorga rango constitucional a la ya existente prohibición legal, contenida en la ley 24.051 de residuos peligrosos, artículo 3, de ingresar residuos peligrosos en el territorio de la Nación. De este modo la regulación en la materia será primariamente federal y complementariamente local⁹.

Además la norma implica una correcta adhesión al principio ambiental de la *prevención*, en resguardo de los intereses nacionales, evitando que nuestro territorio se convierta en un basurero de residuos radiactivos, elaborados en otros.

El régimen de residuos establecido por la Ley 24.051 se ha visto recientemente alterado por la sanción de la Ley 25.612 sobre Gestión Integral de Residuos, que conforme lo señala el artículo 1 “...establece los presupuestos mínimos de protección ambiental sobre gestión integral de residuos de origen industrial y de actividades de servicio, que sean generados en todo el territorio nacional, y sean derivados de procesos industriales o de actividades de servicios”.

Esta Ley que, conforme el artículo 41 de la Constitución Nacional, establece los presupuestos mínimos de protección ambiental en materia de residuos industriales, pero excluye del régimen de la misma a: *residuos biopatogénicos, residuos domiciliarios y los derivados de las operaciones normales de buques y aeronaves*.

En consecuencia el problema relativo a los desechos nucleares queda regulado por la Ley 25.018, norma que prevé los pasos para una adecuada gestión y determina que su autoridad de aplicación es la Comisión Nacional de Energía Atómica (CNEA).

IV. DERECHO COMPARADO

1. Unión Europea

Es indudable, además de su relevancia internacional, la importancia de la legislación comunitaria en nuestro país. Básicamente el modelo de presupuestos mínimos adoptado en nuestra Constitución es muy similar al implementado por la Unión Europea.

En el Libro Blanco sobre Responsabilidad medioambiental, publicado en febrero del 2000, se tiene como objetivo responsabilizar al contaminador por los daños que causa al ambiente; al punto que si quienes contaminan se ven obligados a sufragar los costos relacionados con el daño causado, reducirán los niveles de contaminación hasta el punto en que trabajar bajo normas de descontaminación resulte inferior al importe de las indemnizaciones que habrían tenido que abonar. De este modo se cristaliza el principio de la prevención de daños y la internalización de los costos ambientales; se procura así que al contaminador le vaya mejor produciendo con el mínimo de contaminación que pagando indemnizaciones por los daños a resarcir según las reglas de la responsabilidad civil.

En dicha comunidad de países se dividió la legislación relativa al medio ambiente en siete grandes grupos de interés, pudiendo mencionarse las mismas a modo informativo:

- Política Ambiental;
- Ruido;
- Aire;
- Residuos;
- Naturaleza;
- Agua;
- Productos químicos, riesgos industriales y biotecnología.

2. Países de Europa

▪ España

El modelo legislativo ambiental que brinda España, y su paralelismo con nuestro sistema, es de fundamental importancia, considerando las proximidades sociales, culturales y étnicas que nos unen.

En el país ibérico, al igual que en el nuestro, aún no se ha unificado la materia ambiental, pudiendo recogerse distintos institutos al respecto, que se han legislado con alcance nacional, en los distintos códigos¹⁰. Algunas de las materias ambientales legisladas en aquel país son:

-Normas ambientales contenidas en la Constitución, en el Código Civil y en el Código Penal;

-Estrategias y política ambiental: evaluación del impacto ambiental; actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas; prevención de accidentes mayores; aspectos organizativos y procedimientos; información, participación y educación; determinación de las autoridades de aplicación en materia ambiental.

-atmósfera, aguas, suelo y subsuelo.

-Espacios naturales, flora y fauna silvestres.

-Factores singulares de contaminación: radioactividad; desechos y residuos sólidos urbanos; residuos tóxicos y peligroso, sustancias peligrosas; ruido y vibraciones; energía.

▪ Francia

El modelo francés es especialmente relevante, ya que siendo cuna de la codificación civil, mantiene una postura diferente en materia ambiental.

Para este país la conciencia, obediencia y respeto por el Derecho Ambiental debe forjarse globalmente, pero la aplicación específica de sus normas debería ser local y no uniforme y nacional, obedeciendo a la naturaleza cambiante y particular de cada región. Este pensamiento lo reflejan en el llamado “Code de l’Environnement” que simplemente consiste en una recopilación sistematizada de normas ambientales vigentes, pero muy lejos está de constituir un código en sentido estricto. Así, con esta postura, Francia ha legislado sobre:

-Administración del medio ambiente. Instituciones centrales y regionales.

-Protección de la naturaleza: agua; fauna; bosques; espacios verdes; espacios rurales; playas y costas; montañas; reservas naturales.

-Estudio del impacto ambiental.

-Asociaciones de defensa ambiental.

-Urbanismo; ruidos; residuos.

-Contaminación de aguas. Control de efluentes.

-Contaminación de la atmósfera.

-Productos químicos. Energía nuclear. Instalaciones industriales.

▪ Suecia

Suecia, que integra el bloque de la Unión Europea, se diferencia de otros países ya que cuenta una ley nacional de protección ambiental vigente desde 1969. A su vez en 1194 la Universidad de Uppsalla desarrolló un informe con el fin de codificar el derecho ambiental en Suecia, el cual denota como principal característica, que se guían por el principio de estándares de protección, similar al modo que lo establece nuestra

Constitución en su artículo 41. Del análisis de ambos documentos se extraen las materias que Suecia considera que deben legislarse uniformemente, a saber:

- Política Ambiental: Principios; prevención; intangibilidad del ambiente; quien contamina paga; colaboración empresarial; estándares de protección.
- Regulación de los recursos naturales. Especificaciones sobre calidad ambiental.
- Conservación de la naturaleza y la biodiversidad.
- Reglas específicas de cuidado para ciertas actividades: límites a las actividades peligrosas para el ambiente; previsiones para los productos químicos y biotecnológicos; régimen para el tratamiento de residuos.
- Protección de la salud y la sanidad pública. Régimen para los productos químicos; protección contra la radiación.
- Procedimientos administrativos a seguir para hacer valer las normas ambientales, con derecho a revisión ante la justicia.
- Evaluación del Impacto Ambiental.
- Sanciones para el incumplimiento de normas ambientales; responsabilidad penal y cargas de protección ambiental.
- Compensación por daño ambiental. Seguro ambiental.

3. Países de Latinoamérica

▪ México

No es menor su relevancia jurídica ya que su “Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección del Medio Ambiente” data de 1988 y contiene disposiciones que se aplican en todo su territorio. Resulta también interesante el modelo mexicano teniendo en cuenta sus serios problemas ambientales de contaminación.

Del texto de su ley se extraen las siguientes materias:

- Política Ambiental. Principios. Instrumentos para la aplicación de la política. Planeamiento. Ordenamiento. Criterios para la promoción del desarrollo, regulación de los asentamientos humanos. Investigación y educación, información y vigilancia ambiental. Competencia, deslinde de competencia federal y local. Autoridades de aplicación, carta orgánica y funciones.
- Áreas naturales protegidas. Sistema nacional de áreas naturales protegidas. Fauna y flora silvestres.

-Aprovechamiento racional de los elementos naturales. El agua y los ecosistemas acuáticos. Del suelo y sus recursos. Efectos de la exploración y explotación de los recursos no renovables en el equilibrio ecológico.

-Protección del ambiente. Prevención y control de la contaminación de la atmósfera, del agua y los sistemas acuáticos y del suelo. Actividades consideradas riesgosas. Materiales y residuos peligrosos. Energía nuclear. Ruido, vibraciones, energía térmica y lumínica, olores y contaminación visual.

-Participación social.

-Medidas de control de seguridad y sanciones. Observancia de la ley. Inspección y vigilancia. Medidas de seguridad. Sanciones Administrativas. Recursos Administrativos. Delitos federales. Denuncia popular administrativa.

▪ Colombia

Colombia es un país de vanguardia en materia ambiental: fue el primer país sudamericano que ha dictado un Código de Recursos Naturales Renovables y de Protección del Medio Ambiente, Decreto 2811/74. Este documento, pese a su antigüedad, fue pionero en la materia, y tomado como referencia por otros estados al momento de dictar su legislación. Su redactor fue el especialista Guillermo Cano, argentino.

Las materias de Derecho ambiental que se extraen son:

-Política ambiental. Definición y normas generales.

-Asuntos ambientales de ámbito o influencia internacionales.

-Medios de desarrollo para la política ambiental.

Incentivos económicos. Acción educativa, medios de comunicación social y servicio nacional ambiental.

Tasas retributivas de servicios ambientales.

Sistema de información ambiental. Inversiones financieras estatales en obras y trabajos públicos ambientales.

Declaración de efecto ambiental. (evaluación del impacto ambiental)

Zonificación. Emergencias ambientales.

-Normas de preservación ambiental. Productos químicos y sustancias radioactivas. Ruidos. Residuos. Basura. Desechos y desperdicios. Efectos ambientales de los recursos ambientales renovables y no renovables. Salud humana y animal.

-El segundo libro está íntegramente dedicado al régimen jurídico de los recursos naturales renovables. Propiedad, uso e influencia ambiental.

Principios, administración, derechos reales y personales. Contempla: la atmósfera y el espacio aéreo. Aguas. El mar y su fondo. Recursos geotérmicos. Uso del suelo. Bosques. Flora silvestre. Fauna silvestre y caza. Fauna y flora acuática y la pesca. Acuicultura y fomento de la pesca. Protección sanitaria de la flora y la fauna. Protección de los recursos del paisaje. ONGs.

▪ Perú

Al igual que Colombia, Perú eligió la técnica legislativa de la codificación en materia ambiental y además, integrado con la regulación de los recursos naturales. De este modo considera regulables con alcance nacional, las siguientes materias:

- Política ambiental. Planificación ambiental.
- Protección del ambiente. Evaluación del impacto ambiental.
- Medidas de seguridad. Prohibición de contaminar con residuos sólidos, líquidos o gaseosos y de importar residuos peligrosos. Sanciones aplicables.
- Evaluación, vigilancia y control del ambiente por parte de la autoridad pública.
- Ciencia y tecnología al servicio del ambiente. Deber de utilizar la más moderna tecnología para el manejo eficiente de los recursos y preservación del ambiente.
- Educación, información y participación ciudadana.
- Patrimonio cultural. Patrimonio natural.
- Protección de la diversidad genética y los ecosistemas.
- Áreas naturales protegidas. Recursos mineros. Recursos energéticos.
- Población y ambiente. Crecimiento demográfico, distribución de poblaciones y ordenamiento territorial.
- Agua potable y saneamiento.
- sanciones administrativas.
- Delitos ambientales. Sistema nacional de protección ambiental.

▪ Brasil

Brasil, además de ser una nación integrante del bloque común MERCOSUR, nos ilustra con una temprana regulación en materia ambiental. La “Ley Nacional de Medio Ambiente” data de 1981, sufrió modificaciones y finalmente dio lugar al Anteproyecto

de Código Ambiental Brasileiro¹¹. De conformidad con ambos documentos, pueden ser legisladas en el ámbito nacional:

- Política ambiental nacional. Objetivos. Instrumentos.
- Administración ambiental. Sistema nacional de medio ambiente.
- Procedimiento ambiental.
- Evaluación del impacto ambiental.
- Protección de la fauna y flora silvestre.
- Áreas protegidas. Patrimonio cultural.
- Protección de los recursos hídricos.
- Delito ecológico (crimes contra o meio ambiente)

V. FUNDAMENTACION

Todo obrar humano tiene repercusiones sobre el mundo natural en que se desarrolla. Lo relevante será determinar cual es el grado en que tales consecuencias influyen sobre el medio, pues de ello dependerá que se las califique de despreciables en sus efectos o de dañosas, y éstas a su vez, tolerables o reparables. En cuanto el hombre comenzó a operar sobre la naturaleza de modo grupal, entendiéndose como familias, clanes, tribus, etc., las consecuencias producidas se volvieron más apreciables en su entorno, lo que fue experimentando un paulatino agravamiento con la evolución de las formas organizativas asumidas por la humanidad. Cuanto más numeroso sea el grupo humano, mayor será la incidencia que representen en el medio que los rodea. Un ejemplo simple derivado de este razonamiento es el caso de los residuos.

En materia de medio ambiente encontramos actividades que desarrolla el sujeto que generan per se daño de hecho y ante la cual el derecho no puede plantearse la posibilidad de prohibirla a fin de evitar la generación de daños. La opción en este aspecto, no pasa por plantear si debe admitirse o no la agresión al medio ambiente, sino establecer fórmulas que hagan posible armonizar la compatibilidad entre el razonable desarrollo de la tecnología y el disfrute del medio ambiente, constitucionalmente garantizado.

En realidad el Derecho generalmente analiza la ley ecológica, pero respecto de la actividad industrial (desde el punto de vista económico) y de los derechos del hombre,

asumiendo como límites los valores absolutos como la vida, la salud, la integridad, etc., reconocidos por nuestro sistema jurídico.

El régimen de responsabilidad civil debe propugnar a un determinado equilibrio entre el propósito dinámico de permitir el desarrollo colectivo (potencial generador de daños) y el estático de preservar los derechos individuales. Ese punto de equilibrio es entendido en nuestros días como *Desarrollo Sustentable*.

Todo ello puede llegar a lograrse a través del análisis económico que combine en la proporción justa las dos funciones básicas de la responsabilidad civil: la *prevención* del daño y la *indemnización* del daño.

Es aquí donde reglas económicas como la exigencia de eficiencia deben supeditarse a la equidad o a la justicia.

En este aspecto es necesario evitar caer en la confusión entre lo que es el daño resarcible de la actividad que lo genera. La norma que reconoce la presencia de un daño lo juridiza¹² y lo reconoce como injusto; pero ello no implica que el mismo se pueda entender como ilícito. Al efecto y modo ilustrativo, nuestra jurisprudencia ha señalado que la ejecución de una actividad lícita no conlleva como indispensable corolario la licitud de todas las consecuencias resultantes ni legitima indiscriminadamente todos los perjuicios causados, es decir, el daño de derecho puede desprenderse de una actividad lícita.

Y esta disquisición es fundamental en materia ambiental ya que debe ponderarse el sistema de responsabilidad civil no solo por que lo incluye (o sea por que daños repara) sino también por lo que excluye: actividades que, en virtud de un consentimiento social, se admite que genere riesgo de daños a terceros dentro de los límites que el derecho entiende como razonables, equitativos, y que la economía califica como eficientes.

La temática de la contaminación ambiental puede expandir sus efectos en el tiempo y en el espacio, situando la cuestión en un plano social donde prevalece el bien social sobre el individual.

Se observa así que un análisis económico del derecho, incide en la problemática de la responsabilidad civil y muy especialmente en el ámbito del daño ambiental.

Así se denota que el sistema de responsabilidad (objetivo o subjetivo) que se adopta tendrá un rol decisivo sobre el comportamiento económico, desalentando o deteniendo el desarrollo de actividades cuyos costos sociales se vuelvan elevados o mayores a los beneficios que se obtienen.

En este sentido la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el desarrollo de 1992, al analizar la temática relativa al control y prevención de la degradación ambiental

asume el *criterio de la realidad*, teniendo en cuenta el criterio que el que contamina debe en principio cargar con los costos de la contaminación, sin dejar de lado el interés público.

1. ¿Qué se entiende por DAÑO AMBIENTAL?

Es una categoría de injusto que consiste en una agresión directa o indirecta en el ambiente, provocando una alteración en el mismo que origina una lesión a las personas o a las cosas; o en el denominado impacto ambiental, que consiste en la afectación inmediata de la calidad de vida de quienes habitamos el planeta.

El bien ambiental es, esencialmente, limitado a tal punto que su consumo puede tornarse irreparable y llevar a pensar en su agotamiento. Es por ello que se ha sostenido que alcanzar y mantener la calidad de vida humana es el objetivo fundamental de la normativa ambiental, a la vez que aquello se ha constituido en una especie de complemento necesario del hábitat.

El destinatario final de la tutela del derecho consagrado en el texto constitucional, es la persona humana y por ende el derecho ambiental integra el staff de los derechos personalísimos o humanos; por ello la realidad circundante, ajena a la persona pero al mismo tiempo connatural con ella, forma parte del patrimonio de la comunidad y por tanto una porción le cabe a cada una de las personas que la conforman; en consecuencia bien podría llegar a decirse que el ecosistema o ambiente en el que habitan y se desenvuelven las personas les pertenece y forma parte de su propiedad, en sentido lato constitucional.

De allí que se advierte que toda agresión, alteración que se provoque al ambiente de cada uno, significa una disvaliosa modificación del patrimonio y como tal debe ser resarcido. Un ejemplo claro lo constituye el fenómeno de la “contaminación ambiental”, que con sus nocivas proyecciones sobre la vida y la salud de las personas, provoca un menoscabo resarcible de aquellas potencialidades, un estrechamiento de su horizonte o chances futuras, de esperanzas, de expectativas truncadas; debiéndose considerarse la disminución de las aptitudes vitales de una persona, ya sean presentes o futuras.

Siguiendo en el estudio de la doctrina, Trigo Represas¹³ señala que *el bien ambiental es un bien colectivo, pudiendo distinguirse entre el “macrobien” constituido por el medio ambiente global y “microbienes”, que son sus partes: la atmósfera, el agua, flora, fauna, suelo, subsuelo, etc.*

En lo que respecta al daño ambiental, se ha entendido que el perjuicio o menoscabo que importa, basta con que afecte o recaiga sobre alguno de los elementos o factores que conforman el medio ambiente, con prescindencia de las eventuales afectaciones individuales que puedan derivarse o seguirse; es decir que se trata de un daño al medio ambiente en si mismo, mediante su alteración, destrucción total o parcial, o simplemente por la afectación mediata de la calidad de vida de los diversos seres vivientes del planeta.

Carlos Ghersi señala que el daño ambiental es *una de las tantas formas en que se materializa el estallido de ingobernabilidad del sistema de previsión*. Por ende, el no acaecimiento del daño se funda en un presupuesto de gobernabilidad preexistente, el que tendría que estar asegurado por el sistema de división de poderes y el sistema representativo con arreglo a los cuales se organiza la sociedad civil.

Este quiebre que señala el autor citado, demuestra la materialización de la puja ideológica entre la aspiración máxima de protección del ser humano y la pretensión de los agentes económicos de desarrollar su actividad con el mínimo de riesgos y el mayor traslado de daños a la sociedad.

Pero lo cierto es que en la realidad que nos rodea, dicho sistema de prevención, en numerosas situaciones, no existe y en otras, resulta tan débil que se torna insuficientes.

Podría llegar a argumentarse que la falta de un sistema de prevención obedece al triunfo de sectores económicos ávidos por lucrar con la explotación irrestricta de los recursos del entorno antes que con su cuidado y conservación.

El instituto del **daño ambiental**, como tal, fue incorporado a nuestro ordenamiento jurídico, recientemente regulado por la Ley 25.675. La mencionada ley encuentra su antecedente inmediato en la norma del artículo 41 de la Constitución Nacional.

El denominado daño ambiental es el único daño considerado en la propia Constitución, posee características propias que lo alejan de la concepción de daño formada a partir del Código Civil, de carácter evidentemente reparatorio y patrimonialista.

En cambio el daño ambiental genera prioritariamente la obligación de recomponer, más que la de indemnizar el daño; más que ser reparado deber ser prevenido.

Se manifiesta entonces un claro interés de los convencionales de trazar, con la reforma del 94, en la Constitución un cuadro de derechos operativos por el cual se reconoce a los habitantes el derecho de gozar de un ambiente sano y equilibrado y de restablecer el estado anterior en caso de daños, para garantizar de ese modo, el efectivo disfrute de tal derecho.

Sin duda, un importante antecedente al objeto de estudio, representan las Constituciones y las normas Provinciales, que amplían el concepto de derecho al ambiente y el modo de hacerlo efectivo, otras regulan las vías procesales para hacerlo efectivo y a veces, incluso, reparar el daño ambiental.

Cabe mencionar, en el ámbito de legislaciones provinciales, el texto del artículo 28 de la Constitución de Santa Fe, denominado de “explotación agropecuaria” donde se promueve la explotación racional de la tierra; la Ley 10.000 de Protección de Intereses Difusos; la ley 11717 de Desarrollo Sustentable; Ley 5961 de Preservación, Conservación, Defensa y Mejoramiento del ambiente de la provincia de Mendoza; la ley 11723 de Buenos Aires; la ley 9032 de Entre Ríos, a título ejemplificativo.

La doctrina con acierto, divide entre:

-daños al ambiente en sí mismo, considerando aquellos que no dependen de la afectación concreta a la salud, vida o bienes de los seres humanos. Se trata de un instituto novedoso que nace con el auge del interés por la protección ambiental en las últimas décadas del siglo pasado.

-daños a través del ambiente¹⁴, son aquellos que por reflejo del ambiente deteriorado se transmiten y representan como daños concretos en las personas y en sus bienes; son los que alcanza la legislación del Derecho Civil clásico.

Esta dualidad no resulta excluyente sino por el contrario acumulativa, ya que el individuo ostenta un interés propio y por añadidura, conforma parte de un grupo, cuyo interés es colectivo, y le confiere también legitimación para accionar, siempre que sea portador de un interés razonable y suficiente¹⁵.

En el daño denominado ecológico hay una expansión de la legitimación activa o pasiva para actuar, existe la posibilidad que los jueces, ante un reclamo de daño patrimonial vayan mas allá y generen disposiciones que tutelan el ambiente per se, existe la posibilidad de prevenir y resarcir el daño ambiental con independencia de la afección individual. Aun más, puede llegar a afectar al daño ambiental clásico, imponiéndose sobre principios del derecho común en aras del bienestar social.

Un claro ejemplo de esta situación se ha planteado en los casos Almada y Klaus contra Copetro S.A.. donde la Suprema Corte de Buenos Aires ha reconocido expresamente la coexistencia de daños colectivos (daño ambiental en el nuevo aspecto) y daños individuales (personales o patrimoniales) y hasta ha trocado una aspiración inicialmente personal (dentro del daño ambiental en el primer sentido) en una tutela compartida de raigambre solidarista (daño ambiental en el segundo sentido) dado que la protección

individual solo se tornaba efectiva ante la extensión al conjunto del cual el sujeto formaba parte (aun bajo el riesgo de caer en una pluspetición)¹⁶.

Fue en el Libro Blanco de la Responsabilidad ambiental de la Unión Europea que por primera vez en el año 2000 planteó esta diferencia, y la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad ambiental los llaman daños al ambiente en cuanto tal y daños tradicionales.

En cuanto a la figura receptada en la ley 25.675, la mayoría de la doctrina considera que se trata exclusivamente del daño ambiental de incidencia colectiva, modificando el régimen del Código Civil para tales. Lo define como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas o los bienes o valores colectivos -artículo 27.

También en el ámbito internacional se ha legislado en materia de daño ambiental en algunos convenios sectoriales, a los cuales nuestro país ha adherido o podrá hacerlo en el futuro. Además algunas normas ambientales internacionales han tenido especial trascendencia en la materia ambiental a nivel de principios, pautas de orientación y de objetivos a los que nuestro país se ha comprometido.

Caracteres comunes de los daños y perjuicios ambientales.

-suelen exteriorizarse lentamente, lo que permite al responsable disfrutar de los beneficios que le produce causar ese daño hasta que el perjuicio se advierta, se reclame y se proceda a la ejecución de la sentencia favorable. Ello le da tiempo al autor de aprovechar la prescripción liberatoria, ausentarse, hacerse insolvente y aun desaparecer física o jurídicamente.

-son de dimensión variable, desde pequeños, medianos hasta de medidas inmensurables, pudiendo producir un número elevado de víctimas. Ejemplos de accidentes de magníficas dimensiones lo son el de Sellafield, Bhopal, Chernobyl y del Exxon Valdez..

-su reposición al estado anterior suele ser difícil, antieconómica o imposible. Transando con esa realidad, la norma jurídica suele sustituir la obligación de hacerlo por la de reparar pecuniariamente.

-son despersonalizados o anónimos, con graves dificultades para la individualización de su agente provocador,

-es posible que la acción de los agentes productores del menoscabo sean verdaderamente imperceptibles, lo que torna imposible advertirlos oportunamente.

Estas particularidades dificultan la correcta individualización de la relación de causalidad, situación conocida como “punto débil de la responsabilidad ambiental” .

2. Principales HECHOS CONTAMINANTES CONTEMPORÁNEOS

2.1. Contaminación Atmosférica

La contaminación de la atmósfera es un problema que no reconoce fronteras ni límites, fuertemente influida por los vientos y otras condiciones climáticas.

Los principales gases que la causan son los dióxidos de sulfuro, dióxidos de carbono y óxidos de nitrógeno, producidos por la quema de combustibles fósiles en el uso industrial, en la generación de energía y en la carburación vehicular, fenómenos que se incrementan progresivamente a partir de la década de los '60.

Estas causas junto a otras generan particulares alteraciones atmosféricas, comenzando por la contaminación del aire urbano y abarcando fenómenos de incidencia global tales como lluvia ácida, el adelgazamiento de la capa de ozono con la irrefutable consecuencia del calentamiento global, y también el llamado cambio climático.

Inicialmente detallaré brevemente la cuestión atmosférica desde la problemática local. Cabe al respecto mencionar que la mayor fuente contaminante en las áreas metropolitanas se atribuye a la combustión vehicular, en las áreas suburbanas la causa está determinada por las emisiones industriales y en menor escala, la quema de basura.

En el esquema descrito se producen variaciones según la topografía específica de cada ciudad y los vientos del lugar. Así en ciudades como Buenos Aires y Rosario, el fenómeno contaminador se ve atenuado por un régimen de vientos favorables, aunque en horas picos se registran niveles altísimos de sustancias contaminantes. En cambio en las ciudades encerradas en regiones montañosas como Salta, Mendoza, Córdoba, no son beneficiadas por el régimen de vientos y hasta puede llevar a potenciar sus efectos nocivos.

En el plano internacional, científicos de gran jerarquía evalúan la salud del planeta y refieren que *“...procesos que normalmente ocurren en tiempos geológicos están sucediendo en el curso de una vida humana”*¹⁷.

Lo cierto es que el panorama se agudiza y la mayoría de los científicos creen que la actividad humana, en particular la quema de combustibles fósiles y la consecuente acumulación de gases de efecto invernadero en la atmósfera, influyen en la tendencia del *“calentamiento”*.

Así en la última década se han documentado temperaturas promedio anuales que rompieron sus marcas por lo elevadas, acompañadas de otros cambios importantes, como ser distribución de los hielos y en la salinidad, niveles y temperaturas de los océanos.

Así desde la disciplina científica se incorporan datos de interés al respecto: la concentración de dióxidos de carbono en la atmósfera ayuda a determinar la temperatura de la superficie terrestre. Tanto uno como la otra han aumentado marcadamente desde 1950. En los últimos ciento cuarenta años, la deforestación y la quema de combustibles fósiles han subido el nivel del dióxido casi cien partes por millón.

Entonces por un lado está el fenómeno de *disminución de la capa de ozono*, que actúa como filtro de los rayos ultravioletas, atenuando la radiación solar en la superficie terrestre. Su ausencia podría generar serios problemas en la salud humana, debilitando el sistema inmunológico, provocando quemaduras y generando cáncer de piel, del mismo modo que dañaría a la vida animal y vegetal sobre el planeta.

Paradójicamente aunque sea el Hemisferio Norte el principal generador de sustancias tóxicas y destructivas de la capa de ozono, es en el Polo Sur donde se registra uno de los daños más alarmantes sobre ella. Por su cercanía geográfica Argentina sería uno de los principales perjudicados por el fenómeno, en especial la región sur.

Por otro lado, la producción de los gases de dióxido de carbono, metanos, junto a los clorofluorocarbonos y óxidos de nitrógeno, que provocan el llamado *“efecto invernadero”* (o gases de invernadero) ha aumentado notoriamente. Estos gases retienen parcialmente el calor que la superficie de la tierra expelle, del mismo modo que lo hacen los cristales de un invernáculo. En consecuencia las temperaturas siguen aumentando.

Pueden preverse *cambios drásticos en el clima mundial*, sufriendo alteraciones las temperaturas regionales, en los regímenes de lluvias, incremento en la desertificación, alteración en la agricultura y la descongelación de los casquetes polares, incrementándose así el nivel del mar y causando inundaciones en las zonas costeras y continentales en todo el mundo. Sin embargo existe una contra hipótesis con respecto al cambio climático que alentaría a seguir produciendo los gases que causan el efecto invernadero, sosteniendo que así se mitigaría una nueva era glacial que de otro manera, se repetiría cíclicamente en el planeta.

Los impactos económico y humanitario que se prevén en países de tierras bajas, densamente pobladas y muy pobres, son potencialmente catastróficos. Los escenarios son también perturbadores para países ricos como Holanda, a título ejemplificativo, donde la mitad del terreno ya está al nivel del mar o por debajo de éste.

La elevación del nivel del mar produce una cascada de efectos. Así científicos calculan que cada centímetro de aumento de este fenómeno podría resultar en un metro de retroceso de los bordes de las playas debido a la erosión. Más aún cuando las aguas

saladas se introducen en los cursos de agua dulce, provocando una amenaza en las fuentes de agua potable y va en merma de los cultivos.

Otra muestra de estos procesos de calentamiento se observa en el Hemisferio Sur. En la Antártida, la tierra, el mar y las criaturas que los habitan se han puesto en movimiento como resultado de algunos de los procesos más vertiginosos sobre la Tierra: las temperaturas invernales promedios de la región se han elevado casi en cinco grados centígrados en el último medio siglo¹⁸.

Asimismo al incrementarse las temperaturas, las señales de las estaciones se alteran y la vida cambia en tiempo y espacio. Los hábitats están cambiando junto con los tiempos de los procesos anuales, tales como el florecimiento, el brote de las hojas, las migraciones y los nacimientos. Las especies que dependen una de la otra no siempre se adaptan a los cambios al mismo tiempo. En algunos casos y de manera riesgosa están perdiendo su sincronía.

Otro fenómeno contaminante que se registra es el denominado “lluvia ácida”. El sulfuro y el nitrógeno pueden depositarse a lo largo de la corteza terrestre como partículas de polvo, ocasionando efectos localizados; o bien como lluvia ácida, al mezclarse los compuestos con el vapor de agua atmosférico se potencia el efecto químico, pudiendo generarse distintos fenómenos contaminantes.

La lluvia ácida es la causante de incrementar la acidez de los suelos, los lagos y ríos, degrada bosques y cultivos y extermina la vida animal, causando la muerte de peces y animales silvestres, influyendo perniciosamente en la biodiversidad. Sus efectos son muy temidos en el Hemisferio Norte.

Como corolario, puede decir que nuestro país se encuentra inmerso en una gran burbuja que es el Planeta Tierra y en consecuencia no está ajeno a todos los fenómenos contaminantes que existen y esto se demuestra concretamente con notas de actualidad:

“...Argentina es uno de los países que mayor impacto sufre por el denominado efecto invernadero, debido a su condición de economía en vías de desarrollo, diversidad de geografías y extensa frontera marítima. De acuerdo a un informe oficial que será presentado en la Décima Cumbre Mundial sobre Cambio Climático que comienza hoy en Buenos Aires, el país sufrió en los últimos 40 años, un aumento promedio del 20 por ciento en la cantidad de lluvia anual en todo el territorio, mayor temperatura -veranos más extensos y otoños más calurosos-, expansión del mar y aumentos de vientos. El nivel del río de la Plata creció 17 centímetros en el puerto de Buenos Aires en el siglo XX y se estima que como consecuencia del aumento del nivel del mar durante este siglo podría subir unos 50 o 60 centímetros más, lo que provocará una pérdida de

territorio y afectación de la infraestructura y las costas por la mayor frecuencia de inundaciones.

Cada una de las regiones tuvo un impacto diverso, de acuerdo al estudio: Cuyo registra una tendencia negativa en los caudales de los ríos, retroceso de glaciares y adelgazamiento de nieves eternas; el Comahue tiene vías fluviales menos caudalosas, la Pampa Húmeda cuenta con lluvias más fuertes y un bajo escurrimiento que erosiona la tierra; mientras que la zona litoraleña es mas vulnerable a la mayor frecuencia de crecidas y bajantes extremas en sus ríos, entre otros.

Pese al fuerte impacto del denominado "efecto invernadero", Argentina produce apenas el 0.6 por ciento de los gases contaminantes que favorecen el calentamiento global y "siempre", de acuerdo al informe, entregó el "inventario" que especifica sus emanaciones. En forma contraria, economías como las de "Brasil e India, países de alta emanación, nunca presentaron informes sobre sus actividades", estableció entre sus partes más importantes el informe..." resumen extraído del Diario La Capital, del 6 de Diciembre del 2004, Rosario,

2.2. Contaminación de las Aguas

La contaminación del agua es uno de los problemas más importantes que debe enfrentar nuestro país. La misma es generada por pluralidad de agentes cuya acción dañosa impacta de distinto modo sobre múltiples elementos de la cuenca hídrica y por medio de ella, sobre una pluralidad de sujetos. La circulación del agua, de las personas y de las cosas por esa cuenca, mezcla, confunde y potencia ese impacto.

Algunos de esos hechos dañosos son de larga data, lo que ha permitido que su efecto se diluya o neutralice en el ambiente. En cambio en otros casos las consecuencias se irán agravando con el tiempo, especialmente cuando las sustancias dañosas para el ambiente se concentren en determinado lugar o por simple acumulación en el cuerpo receptor. Los hechos más dañosos suelen ser continuados y sólo se interrumpen cuando se espera la inspección de la autoridad.

Un informe del Banco Mundial sobre la Contaminación Ambiental en Argentina señala que el problema más importante que nos toca enfrentar en este país es la ***“contaminación del agua subterránea”***.

Lógicamente que este fenómeno se asocia directamente con otro gran problema que está constituido por la deficiente prestación del servicio de agua potable y saneamiento.

El alto crecimiento demográfico y su asentamiento precario en zonas periféricas e industriales carentes de dichos servicios, hace a sus habitantes depender de la fuente de

agua subterránea para sus necesidades diarias. Esas napas de las que se nutren, son generalmente contaminadas por sus propios efluentes cloacales y residuales, que corren por napas que se filtran en ellas.

Además los análisis bromatológicos realizados sobre cursos de aguas subterráneas en distintas áreas han revelado importantes índices de salinización y existencia de distintos agentes contaminantes como nitratos, bacterias, cromo y mercurio. Estos últimos metales pesados se estiman provenientes de los basurales de desechos sólidos que emanan sustancias tóxicas hacia las napas.

El otro extremo de la cuestión está constituido por la contaminación de las aguas superficiales, cuya principal causa está representada por los efluentes cloacales e industriales sin tratamiento previo. Estos en combinación con las inundaciones erosionan y contaminan los suelos, causan daños sobre las principales áreas urbanas y en los espacios recreativos.

Los efluentes industriales representan aproximadamente la mitad de las descargas de aguas servidas que contaminan los ríos en el área metropolitana. Solamente en algunas regiones puntuales las descargas industriales son la principal fuente de contaminación como en el río Santiago de la ciudad de La Plata, el río Salí en Tucumán, el Alto Paraná en Rosario y algunos canales de irrigación de Mendoza.

Dentro de la vasta cuenca hídrica de nuestro país, los ríos que mayor preocupación generan a causa de la contaminación son aledáneos al Gran Buen Aires, entre ellos el Río de la Plata, el río Matanza, el Riachuelo y el río Reconquista. En segundo lugar se encuentran las cuencas vecinas a grandes asentamientos urbanos como Rosario y Córdoba, donde también se han denunciado grandes problemas de contaminación.

Hay además otros factores que tienen una íntima interrelación con la referida contaminación de aguas, a saber:

- la insuficiencia de la infraestructura del servicio público de agua potable y saneamiento, traducida en el alto porcentaje de áreas no servidas, ya sea, por que la red no llega o porque existiendo, no es suficiente.
- La explosión demográfica en áreas pobres, lo cual encierra dos problemas estrictamente relacionados: el aumento poblacional y la pobreza.
- La disposición y tratamiento de residuos sólidos.
- El incumplimiento de las normas que desde principio de siglo prohíben la contaminación de las aguas sumado a la ineficiencia del sistema y sus autoridades para hacer cumplir las obligaciones que surgen de las mismas. A título ejemplificativo nuestro Código Penal prevé en su artículo 200:

“Será reprimido con reclusión o prisión de 3 a 10 años, el que envenenare o adulterare, de un modo peligroso para la salud, aguas potables o sustancias alimenticias o medicinales, destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas.

Si el hecho fuera seguido de muerte de alguna persona, la pena será de 10 a 25 años de reclusión o prisión.”

Otra causante es, sin duda, la falta de control por parte de la autoridad competente sobre las empresas privadas que deben prestar los servicios de agua potable y red cloacal. Diariamente, como muestra de lo expuesto, se leen artículos de denuncias y quejas de los usuarios en los medios de comunicación ante incumplimientos o deficiencias por parte de las prestatarias. Como prueba de lo expuesto adjunto extracto de nota publicada en Diario La Capital, de Rosario, en fecha lunes 20 de septiembre'04:

Casilda. - El Concejo reclamó que se mejoren las exigencias sobre el control de calidad del agua que consumen los casildenses e instó? al gobierno santafesino para que le rescinda el contrato a la empresa Aguas Provinciales de Santa Fe a raíz de "innumerables incumplimientos".

Así lo establece un proyecto de declaración impulsado por los radicales Juan José Sarasola y Fernando Sambrailo que fue aprobado sobre tablas y por mayoría. "Ante cualquier proceso de reconversión de la prestación del servicio público de agua potable y desagües cloacales que opere para la ciudad deber? ser condici?n sine qua non la optimización en los parámetros de calidad de agua de consumo, siguiendo los valores guía sugeridos por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y el Código Alimentario Argentino", sostiene el artículo primero de la resolución tomada por el cuerpo legislativo local.

El deliberativo casildense también manifestó su rechazo "a los procesos de renegociación llevados a cabo que, por acción y omisión de sus operadores permitieron la postergación de obras vitales para muchos vecinos y la flexibilización de los parámetros sobre la calidad del agua".

2.3 Acumulación de RESIDUOS SÓLIDOS

Un problema interrelacionado y derivado de la sociedad de consumo es la creciente acumulación de residuos sólidos. Esta cuestión es de gran envergadura no solo por lo cuantitativo sino también lo cualitativo. El uso de materiales plásticos descartables, abarató el envase y facilitó la higiene para los usuarios, pero esa ventaja no alcanza a

compensar a la comunidad el perjuicio que ocasiona la dificultad de eliminar esos materiales una vez usados. El costo real de su disposición o el deterioro que ocasiona la imposibilidad de hacerlo debería ser cargado al valor final del producto.

El crecimiento geométrico de la población junto a su proporcional acumulación de residuos hacen que cada vez haya menos lugares donde disponerlos adecuadamente.

La recolección y eliminación de desechos sólidos es un componente fundamental en la infraestructura ambiental. En ausencia de servicios adecuados, aquellos se apilan en basurales a cielo abierto, en tanques sépticos y pozos negros, desde donde lixivian a cursos de aguas superficiales o subterráneas. En muchos casos estos basurales generan contaminación tanto en las aguas como en el suelo y en el aire.

Ante la inexistencia de plantas de tratamiento de residuos peligrosos, se presume que éstos son dispuestos clandestinamente en basurales ordinarios lo cual agrava la situación contaminante.

La incineración fue desechada hace años como forma de disposición de los residuos ya que emitía gases muy dañosos, acrecentando la ya saturada contaminación atmosférica.

El sistema de relleno sanitario ha sido adoptado como la solución óptima que ha podido darse hasta ahora al problema de los residuos. Sin embargo, la falta de selección y reciclaje de ciertos productos, como la inexistencia de tratamiento adecuado para aquellos considerados peligrosos, sumado a las usuales fallas en el sistema de seguridad de este tipo de relleno, podrían ocasionar graves riesgos de contaminación.

Según informes de organizaciones ambientales no gubernamentales, un habitante de Nueva York genera residuos equivalentes a doce veces el peso de su cuerpo en un año, en Alemania lo sextuplica y finalmente un habitante en Buenos Aires, sin el nivel de desarrollo de Estados Unidos ni el grado de concientización de Alemania, genera algo más de cinco veces el peso de su cuerpo por año.

Sin duda alguna, la cuestión del *reciclaje* es una alternativa ante tremenda problemática, pero lo cierto es que la misma exige de recursos para activarla, a saber; maquinarias, tecnología, conciencia social, exigencia legal, infraestructura, recursos económicos, etc. Los países económicamente ricos y desarrollados son los que más utilizan esta técnica. Así, a modo ilustrativo, en Alemania, automóviles deportivos de última generación, son fabricados con materiales reciclables en un 70% -Porsche 911.

En nuestro país el *reciclaje* de materiales residuales reutilizables no se encuentra institucionalizado, siendo practicado aisladamente por industrias internacionales y marginalmente por personas indigentes –cirujas, cartoneros- que sin ninguna previsión

sanitaria si social, selecciona el material de las bolsas de recolección domiciliaria, o directamente desde basurales, para venderlos a bajo costo a acopiadores.

Esta técnica también se practica ocasionalmente y a modo de campaña publicitaria por algunos municipios –vg. Rosario- u organizaciones no gubernamentales.

El principal problema del proceso de reciclado consiste en el elevado costo de su proceso, comparativamente con la disposición ordinaria de residuos y de la reutilización de material reciclada en lugar de materia prima original.

Sin duda alguna el problema de los residuos se torna cada vez más significativo, al punto que ha sido objeto de reiteradas acciones ante los estados judiciales. Así recientemente, en una nota periodística publicada en Diario La Capital, el 11 de noviembre del 2004, en la ciudad de Rosario, ante un amparo presentado por un vecino la Justicia ordenó a la Municipalidad retirar unos doscientos basurales clandestinos ubicados a lo largo y ancho de la ciudad, según texto que se transcribe:

*“...la jueza falló a favor de un particular que presentó un amparo para exigir el cese de las actividades que provocan daño ambiental colectivo y también para preservar la salud de la población...A principios de junio Guillermo Miguel, patrocinado por el especialista ambiental Alejandro Resnik, hizo una presentación a la Justicia a raíz de un incendio que se dio en un basural en la autopista Rosario-Carcarañá a la altura de calle Wilde, y que afectó la visibilidad del tránsito entre otros inconvenientes como la contaminación del medio ambiente. Además, el demandante también hizo mención al depósito de basura a cielo abierto en Sorrento y Provincias Unidas, que eventualmente también se incendió, lo que a su entender podría haber producido grandes daños ya que en el sitio hay carteles de depósitos de Litoral Gas. A partir de la denuncia, la jueza Georgetti pidió al municipio que informe sobre estos sitios y que además dé cuenta de otros similares en Rosario. La respuesta fue que existen unos 200 sitios dispersos por toda la ciudad. La magistrada dejó sentado que la **responsabilidad fundamental de la protección del medio ambiente está bajo la órbita de la provincia, pero que el municipio tiene el poder de policía y por eso lo intimó a "terminar" con los basurales en la ciudad.**"Es interesante porque la demanda no la hace un vecino damnificado sino que un particular preocupado por la contaminación ambiental, y a partir de una serie de consideraciones que están legisladas en la Nación, la provincia e incluso internacionalmente la Justicia dictamina contra el municipio"...”.*

3. Determinación del BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Entonces, ¿cuál es el bien jurídico protegido?

Es importante determinar el bien jurídico protegido e identificar, quien es su titular, de la determinación de tales extremos se derivará la posibilidad de aplicar ciertos institutos correctivos al transgresor de las normas ambientales, y también fijar con claridad la naturaleza de las medidas a adoptar.

La más moderna doctrina que ofrece el derecho comparado revela la configuración de un verdadero derecho social a la salubridad del ambiente, como condición esencial para un completo desarrollo de la personalidad y el pleno desenvolvimiento de la persona humana.

Retrotrayéndonos en el tiempo ya en la Conferencia de Naciones Unidas por el Medio Ambiente de 1972, así como en la conferencia de Río de Janeiro de 1992, se afirma que el bien a proteger es la “..*calidad de vida del ambiente y el derecho del hombre a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza*”. Como se evidencia hay una íntima interrelación entre el medio ambiente y la salud, en la medida que una persona para mantenerse sana requiere agua y aire limpios, comida saludable, espacios verdes.

Así partiendo de una perspectiva más general, es posible expresar que la calidad del entorno humano es un derecho inmediatamente operativo de cada uno de los habitantes de la Nación y de la posteridad. Tal derecho es comprensivo del vivir en un ambiente físico y social, libre de factores nocivos a la salud, a la conservación de los recursos naturales y culturales y a los valores estéticos, que permita asentamientos humanos dignos, todo ello como requisito de un desarrollo armónico.

Entonces, ¿se protege el medio ambiente en sí mismo ó es la salud humana en función del medio ambiente? Esta pregunta puede conducir a respuestas distintas.

- Si la protección es al medio ambiente en sí mismo, las normas de ponderación estarán dadas por las condiciones de calidad medidas sobre el propio ambiente, del cual el hombre forma parte;

- si lo que se protege es la salud humana en función del medio ambiente, las normas de calidad no serán de referencia ambiental, sino normas de calidad de vida humana.

Para quienes se inclinan por la primera respuesta, el bien jurídico protegido es “el medio ambiente incluido el hombre” y ponen énfasis en la relación de equilibrio y la sanidad medioambiental. Contrario sensu, los doctrinarios que se inclinan por la segunda postura, interpretan que el bien tutelado es “la salud humana” y ponen énfasis en las expresiones *desarrollo humano y necesidades presentes*, en la medida en que el mismo texto Constitucional estaría resaltando al género humano por sobre los demás.

En suma podría decirse que el bien jurídico protegido son los derechos ambientales, que escapan a la materia mensurable en términos monetarios, incorporando aspectos vinculados estrechamente a la salud, a los valores culturales, estéticos y recreativos.

4. El daño ambiental en la legislación y jurisprudencia argentina

4.1 La reparación civil

Esta figura jurídica del daño ambiental que irrumpe en la escena institucional durante la década del noventa ha tenido importantes consecuencias para la economía argentina. El riesgo de afrontar responsabilidades civiles de cuantificación incierta a causa de los potenciales deterioros ambientales, trae aparejada la incertidumbre en cuanto al análisis de riesgos, los costos económicos involucrados y su incidencia sobre la actividad productiva.

Esta incertidumbre regulatoria agrava aun más la situación de una economía en una profunda crisis estructural. A mi juicio, la institución novedosa del daño ambiental requiere ser acompañada por otros instrumentos tales como los seguros ambientales y los fondos de remediación, con el fin de brindarle al Estado y a la comunidad empresaria unas herramientas eficaces para la evaluación de los riesgos ambientales, con costos mediables y parámetros regulatorios objetivos.

Argentina al igual que muchos países de la región, fue testigo de un proceso de desarrollo industrial durante el siglo XX. Esta transformación económica fue en gran medida consecuencia de las políticas de sustitución de importaciones encaradas por sucesivas administraciones con el fin de alcanzar el desarrollo económico sobre la base de la industrialización, en muchos casos impulsada desde el Estado, y de la mano de políticas proteccionistas hacia la industria local.

-Depósitos clandestinos de residuos (“basurales”) que producen contaminación del suelo y del agua.

-Fábricas o establecimientos industriales que se encuentran actualmente abandonadas ya sea en virtud de la situación económica depresiva, ya sea en virtud de la obsolescencia para su inserción en un mercado global cada vez más competitivo.

-También se han producido descubrimientos de residuos peligrosos enterrados en predios rurales en tiempos en los cuales no regía legislación alguna al respecto, provocando un verdadero problema de gestión práctica para las autoridades públicas,

quienes han debido hacerse cargo de estas verdaderas “bombas de tiempo” en materia ambiental.

El proceso de industrialización a lo largo del siglo pasado y la urbanización descontrolada produjo también problemas ambientales más difusos, no circunscriptos a un predio o sitio específico. A título ilustrativo puede mencionarse el caso del deterioro de las cuencas hídricas que atraviesan las zonas densamente pobladas del Gran Buenos Aires. Dado el bajo índice de provisión de servicios de saneamiento y el escaso control de la contaminación industrial, confluye, junto a la disposición clandestina de residuos sólidos urbanos y los aportes de contaminación provenientes de fuentes difusas, en un cuadro de deterioro ambiental grave. El río Reconquista y el río Matanzas-Riachuelo son quizás los ejemplos más paradigmáticos de este fenómeno de deterioro ambiental producido en las cuencas hídricas urbanas.

El tema ambiental siempre preocupó a la doctrina es por ello que en las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Buenos Aires, 1991, se sostuvo que *“el análisis económico del Derecho no puede llevar a la justificación del daño justo”* y que *“el resarcimiento debe mantener el poder de disuasión preventivo”*.

La responsabilidad civil por el daño ambiental en Argentina es un fenómeno relativamente reciente. Su incorporación al derecho positivo se produce a partir de la reforma constitucional de 1994 con la inclusión del derecho a gozar de un ambiente sano conforme el texto del nuevo artículo 41.

Dos son las instituciones jurídicas del derecho civil que más han sido utilizadas en el pasado para fundamentar posibles reclamos por pasivos ambientales:

- La responsabilidad objetiva por el riesgo o vicio de la cosa y
- el exceso de la normal tolerancia entre vecinos.

También, aunque en menor grado, se ha recurrido a la institución de los “vicios ocultos” para resguardar los intereses del comprador en las transacciones inmobiliarias o compras de activos tangibles.

Otra clasificación que también da lugar a la reparación civil, puede establecerse en función de los relaciones entre los sujetos:

- Si media un vínculo negocial entre el dañador y el dañado, existe una responsabilidad contractual. Al margen de la prestación principal, habrá una obligación accesoria tácita de seguridad-resultado, consistente en cumplir una prestación inocua. Ello sin defecto de la opción que autoriza el artículo 1107 del Código Civil.

- Si la contaminación es provocada por el hombre con su propio cuerpo, el supuesto estará encuadrado en los artículos 1109, 1072 y 1072 del Código Civil.
- La polución efectuada mediante intervención de las cosas –fuera del marco contractual- se rige por los artículos 1113 2do. párrafo.
- En otras ocasiones serán aplicables las previsiones de los artículos 907 y 1071 del Código Civil.
- En oportunidades que no pueda individualizarse el autor del daño dentro de un grupo, existirá responsabilidad colectiva.

4.2 Responsabilidad objetiva derivada del vicio de la cosa

El Código Civil establece la regla general de la responsabilidad objetiva por los daños que se produzcan como consecuencia del vicio o riesgo de la cosa de que se sirva su dueño o guardián en el artículo 1113.

La responsabilidad civil brinda una perspectiva limitada ya que proporciona solamente una reparación *a posteriori* y sobre técnicas individuales aptas para resolver conflictos de esta clase pero inadecuadas para hacer frente a situaciones conflictivas generales¹⁹.

La responsabilidad civil tiene como presupuesto la existencia de un elemento esencial que activa el mecanismo de acción de esta disciplina, que es daño.

A los efectos de la responsabilidad civil, el daño ambiental puede caracterizarse como el daño sufrido por una persona determinada, en su persona, como consecuencia de la contaminación de algún elemento ambiental, o en sus bienes, cuando estos forman parte del medio ambiente o cuando resultan dañados como consecuencia de la agresión al ambiente.

La determinación de la responsabilidad civil por daño al ambiente, como una responsabilidad de tipo objetivo, goza de gran consenso entre los juristas del Derecho Privado, entendiéndose que este tipo de daño se deriva comúnmente de las cosas que desarrollan su función, generando paralelamente un riesgo permanente de degradación del medio ambiente.

El factor de atribución de la responsabilidad, para estos supuestos, es de naturaleza objetiva, y yace en el riesgo creado por la cosa que produce el daño, de la cual se vale el dueño o guardián. La principal consecuencia de la responsabilidad objetiva es la presunción de la responsabilidad con prescindencia del elemento subjetivo de

culpabilidad. La responsabilidad civil se dispara con la mera demostración del daño y el nexo de causalidad entre la cosa o actividad riesgosa y el daño.

La jurisprudencia, en el fallo “Duarte Dante y otros c/ Fábrica de Opalinas Hurlingham S.A.” sienta un importante antecedente al referirse a la responsabilidad objetiva entendiendo que ésta se da tanto si se considera que el daño ha sido causado por la cosa, como si el mismo ha sido causado por una actividad riesgosa, siendo de aplicación el artículo 1113, tomando como factor de atribución a la “sustancia contaminante” y considerándola como “cosa” y a la industria que las generaba como “actividad riesgosa”²⁰.

Dichas actividades riesgosas suelen tener las siguientes características:

1. conllevan un riesgo significativo del daño;
2. el daño, de producirse, suele ser grave;
3. no hay posibilidad de eliminar el riesgo adoptando una conducta razonablemente diligente;
4. suelen ser actividades especializadas que utilizan técnicas específicas;
5. se trata de actividades que por lo general resultan útiles para la comunidad.

Estas características dejan entrever una tipo de actividad que en la mayoría de los casos reúne tanto la existencia de un riesgo, así como la obtención de un beneficio económico por parte de quien la realiza. Criterios ambos que justifican la afirmación por parte de la mayoría de la doctrina que, en caso de responsabilidad por daño al ambiente, se tratará de situaciones de responsabilidad objetiva.

En otra decisión judicial que ha marcado el rumbo para el derecho ambiental argentino, “Maceroni c/Dirección General de Fabricaciones Militares”, el tribunal sostuvo que “verificado el daño ambiental por contaminación, no puede discutirse que existe un daño a la salud indemnizable en los vecinos cercanos a la planta industrial de la empresa contaminante...”²¹

Asimismo en cuanto a la cuantificación de la indemnización pertinente, el Tribunal estableció que “...son resarcibles los daños por disminución del valor de las propiedades, imposibilidad de venta de los inmuebles y daño al uso normal de las viviendas, derivados de la existencia próxima a los mismos de una fábrica de ácido sulfúrico que genera efluentes de alto poder corrosivo.” El fundamento de este pronunciamiento radicó en los artículos 1113 y 2618 del Código Civil.

El criterio adoptado en ambos pronunciamientos señalados refleja la idiosincrasia judicial imperantes antes de la reforma constitucional. En rigor de verdad, los jueces han trasladado las reglas de la responsabilidad civil objetiva a situaciones o

circunstancias donde existe un menoscabo a la salud o a la propiedad de los damnificados, a causa de un factor o agente ambiental.

Sin embargo, también se soslayó la cuestión que atañe a la remediación o recomposición del ambiente, como objetivo central de la pretensión procesal.

4.3 Responsabilidad derivada del exceso de la normal tolerancia entre vecinos

La letra del artículo 2618 enuncia:

“Las molestias que ocasionen el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o daños similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos, no deben exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque mediare autorización administrativa para aquellas. Según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la indemnización de los daños o la cesación de tales molestias. En la aplicación de esta disposición el juez debe contemporizar las exigencias de la producción y el respeto debido al uso regular de la propiedad; asimismo tendrá en cuenta la prioridad en el uso. El juicio tramitará sumariamente.”

El artículo anteriormente transcrito ha sido analizado por la doctrina nacional desde distintos puntos de vista. Así se ha dicho que la norma en cuestión, interpretada con criterio amplio y conforme a las necesidades de los nuevos tiempos, proporciona una gran ayuda en el tratamiento de los problemas que surgen de la reparación del daño ambiental.

El artículo incorpora el factor objetivo de atribución de responsabilidad civil, dentro de las normas que establecen restricciones y límites al dominio impuestas en el interés de los vecinos; establece en forma clara los supuestos fácticos para su procedencia, como “gatillos” de la responsabilidad.

Se refiere a “molestias que exceda la normal tolerancia” ya que la vida social obliga a cada cual a soportar cierto margen de perjuicio, por eso la norma establece un exceso, este recaudo consagra una transacción entre el derecho a la tranquilidad, paz, sosiego, confort y el derecho a la libre actividad.

La jurisprudencia en los últimos años ha trazado claros alcances respecto del vínculo entre el artículo 2618 y la protección del medio ambiente. En este sentido, cualquier autorización administrativa está sujeta a la presunción de inocuidad, hacia terceros, de la actividad regulada.

La responsabilidad por las inmisiones es exclusivamente objetiva. Ningún papel juegan la negligencia o la impericia y menos aún el dolo. La responsabilidad emerge por mediar un acto excesivo, creador del riesgo y la persona que asume el riesgo de un uso excesivo del fondo debe responder por las consecuencias perjudiciales de esa conducta. Aún cuando la letra del artículo parece propiciar una solución alternativa entre la indemnización de los daños y la cesación de las molestias, se afirma que si las molestias han producido daños, no solo se deberá suprimir la causa de ellas haciéndolas cesar, sino que, al mismo tiempo, deberá concederse una indemnización de los perjuicios sufridos, entre los que se encuentra el daño moral, de conformidad con los principios comunes. Así lo determina el fallo en el caso “Mele, Mario O. y otro c/ SEGBA”(Cám. Nacional Civ. Y Com. Fed., sala 2, 12/4/94, Jurisprudencia Argentina 1195 –III.

El mismo fallo dictaminó también que “el artículo 2618 contempla las denominadas inmisiones inmateriales en las relaciones de vecindad, imponiendo conductas que no solo entroncan con el uso regular de la propiedad, sino que tienden a evitar el daño ambiental, protegiendo la tranquilidad de las personas y amparando su derecho a la vida y a la salud. En el mencionado precepto encuadran los ruidos que alcanzan las categorías de molestias intolerables.”

Puede apreciarse entonces, que, respecto de las perturbaciones que se encuadran dentro del ámbito del artículo analizado, en tanto éstas no ocasionen daño y se den en el marco de la vecindad, la responsabilidad surge en virtud del ejercicio de un derecho. Pero una vez que se verifica el evento dañoso, comienzan a regir las normas previstas para el tratamiento del ilícito civil, correspondiendo la reparación de los daños causados en las personas y en sus bienes.

En las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Mar del Plata en 1983 se dijo que la idea de normal tolerancia, es decir la norma del artículo 2618 del Código Civil, no resulta aplicable a los casos de degradación del medio ambiente que sean susceptibles de afectar a la salud.

Casi diez años después, en las II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros (1992) se sostuvo que la degradación ambiental enrola en la categoría de daño intolerable y que en el daño ambiental los criterios economicistas de costos no pueden prevalecer sobre la protección de la persona humana en toda su proyección. Se afirmó también que todo lo relativo al medio ambiente tiene carácter interdisciplinario, resultando urgente armonizar la legislación sobre el tema en el ámbito internacional y, particularmente, en el marco del MERCOSUR.

Resulta entonces que nuestro ordenamiento nada regula respecto del nuevo derecho de vecindad moderno o industrial.

El moderno derecho vecinal no debe disciplinar solamente las inmisiones interindividuales, sino todas aquellas que se denominan industriales, termonucleares, urbanísticas, por reformas agrarias, acaecidas por realización de obras urbanísticas, etc. Precisamente en el derecho vecinal moderno se deberán compaginar las exigencias de la industria, como fuente de trabajo y progreso, con la tutela de otros valores fundamentales reconocidos constitucionalmente: salud, medio ambiente, calidad de vida, etc.

Resulta que la protección del medio ambiente se basa en un concepto antropocéntrico, donde se protege al medio ambiente por ser sustento y desarrollo del hombre, supuesto bastante similar con el daño ambiental comprendido en el ámbito del derecho común. Pero el problema se suscita en delinear que se entiende por “afectar la salud o a la persona en toda su proyección”, ya que una interpretación demasiado acotada de estos conceptos puede llevar a negar la existencia de daños y hasta a ignorar o desestimar la posibilidad de tutelas colectivas en la materia de análisis.

Es por ello que se ha señalado que “cualquier actividad susceptible de empobrecer sustancialmente la calidad de vida de cualquier persona o comunidad debe ser en primer lugar prevenida o disuadida. Si ya hubiere comenzado a generar el daño, habrá de cesar, sin perjuicio de la reparación integral del agravio irrogado, de acuerdo al principio de que quien perjudica el medio ambiente debe resarcir, pero quien resarce no por ello puede seguir produciendo el perjuicio. En esto no solo va comprometida la salud y el bienestar de quienes sufren actualmente la ofensa, sino también de las generaciones futuras a las que de ningún modo conculcárseles sus posibilidades vitales...”²²

Dicho fallo viene a ratificar el criterio asumido por nuestra Constitución Nacional a partir de la reforma del 94, artículo 41, en el cual se relaciona la protección del medio ambiente en función con el hombre; protegiendo el medio ambiente en la medida que permita el desarrollo humano y las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las generaciones futuras.

En efecto la norma del artículo 41 plasma la necesidad de un “ambiente sano”, tanto en lo referente a la preservación y no-contaminación, y exige “equilibrio” entendido como la relación de interdependencia entre los elementos que conforman el ambiente que hace posible la existencia, transformación y desarrollo del hombre y seres vivos.

Ahora, resulta importante relacionar el artículo 41 con el 43 de la Carta Magna, el cual refiere al medio ambiente, facultando a las personas a interponer acción de amparo “en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente”.

Sintetizando puede expresarse entonces que estamos frente a una nueva categoría de daño, con ciertas reglas propias que lo diferencian claramente del daño entendido en la concepción clásica del derecho.

La Ley 25675, del 2002, publicada con en el título de “Política Ambiental Nacional” es una ley marco, de alcance nacional, con disposiciones operativas, de presupuesto mínimos, que ha venido a delinear, con relativa autonomía, el fenómeno del “daño ambiental de incidencia colectiva”.

Se trata de una ley de orden público cuyas disposiciones uniformes están vigentes en todo el territorio argentino, y al amparo de su letra, deben ajustarse las legislaturas provinciales.

Haciendo un brevísimo racconto de la misma ley, cabe enunciar que estatuye Principios de Política Ambiental y consagra un régimen de responsabilidad colectiva, que funciona cuando se identifica el grupo (y no al sujeto individual) responsable de un hecho de contaminación o degradación del ambiente. Se traslada la solución de base solidaria, para el caso de polución de incidencia colectiva.

VI. LEY 25.675 – “POLÍTICA AMBIENTAL NACIONAL”

Bien jurídicamente protegido

ARTICULO 1° — La presente ley establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable.

ARTICULO 2° — La política ambiental nacional deberá cumplir los siguientes objetivos:

- a) Asegurar la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales, tanto naturales como culturales, en la realización de las diferentes actividades antrópicas;*
- b) Promover el mejoramiento de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras, en forma prioritaria;*
- c) Fomentar la participación social en los procesos de toma de decisión;*
- d) Promover el uso racional y sustentable de los recursos naturales;*
- e) Mantener el equilibrio y dinámica de los sistemas ecológicos;*
- f) Asegurar la conservación de la diversidad biológica;*
- g) Prevenir los efectos nocivos o peligrosos que las actividades antrópicas generan sobre el ambiente para posibilitar la sustentabilidad ecológica, económica y social del desarrollo;*
- h) Promover cambios en los valores y conductas sociales que posibiliten el desarrollo sustentable, a través de una educación ambiental, tanto en el sistema formal como en el no formal;*
- i) Organizar e integrar la información ambiental y asegurar el libre acceso de la población a la misma;*
- j) Establecer un sistema federal de coordinación interjurisdiccional, para la implementación de políticas ambientales de escala nacional y regional*
- k) Establecer procedimientos y mecanismos adecuados para la minimización de riesgos ambientales, para la prevención y mitigación de emergencias ambientales y para la recomposición de los daños causados por la contaminación ambiental.*

ARTICULO 3° — La presente ley regirá en todo el territorio de la Nación, sus disposiciones son de orden público, operativas y se utilizarán para la interpretación y aplicación de la legislación específica sobre la materia, la cual mantendrá su vigencia en cuanto no se oponga a los principios y disposiciones contenidas en ésta.

Principios de la política ambiental

ARTICULO 4° — La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política Ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios:

Principio de congruencia: La legislación provincial y municipal referida a lo ambiental deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en la presente ley; en caso de que así no fuere, éste prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga.

Principio de prevención: Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir.

Principio precautorio: Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente. .

Principio de equidad intergeneracional: Los responsables de la protección ambiental deberán velar por el uso y goce apropiado del ambiente por parte de las generaciones presentes y futuras.

Principio de progresividad: Los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos.

Principio de responsabilidad: El generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición, sin perjuicio de la vigencia de los sistemas de responsabilidad ambiental que correspondan.

Principio de subsidiariedad: El Estado nacional, a través de las distintas instancias de la administración pública, tiene la obligación de colaborar y, de ser necesario, participar en forma complementaria en el accionar de los particulares en la preservación y protección ambientales.

Principio de sustentabilidad: El desarrollo económico y social y el aprovechamiento de los recursos naturales deberán realizarse a través de una gestión apropiada del ambiente, de manera tal, que no comprometa las posibilidades de las generaciones presentes y futuras.

Principio de solidaridad: La Nación y los Estados provinciales serán responsables de la prevención y mitigación de los efectos ambientales transfronterizos adversos de su propio accionar, así como de la minimización de los riesgos ambientales sobre los sistemas ecológicos compartidos.

Principio de cooperación: Los recursos naturales y los sistemas ecológicos compartidos serán utilizados en forma equitativa y racional, El tratamiento y mitigación de las emergencias ambientales de efectos transfronterizos serán desarrollados en forma conjunta.

ARTICULO 5° — Los distintos niveles de gobierno integrarán en todas sus decisiones y actividades previsiones de carácter ambiental, tendientes a asegurar el cumplimiento de los principios enunciados en la presente ley.

Presupuesto mínimo

ARTICULO 6° — Se entiende por presupuesto mínimo, establecido en el artículo 41 de la Constitución Nacional, a toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental. En su contenido, debe prever las condiciones necesarias para garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener su capacidad de carga y, en general, asegurar la preservación ambiental y el desarrollo sustentable.

Competencia judicial

ARTICULO 7° — La aplicación de esta ley corresponde a los tribunales ordinarios según corresponda por el territorio, la materia, o las personas.

En los casos que el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales, la competencia será federal.

Instrumentos de la política y la gestión ambiental

ARTICULO 8° — Los instrumentos de la política y la gestión ambiental serán los siguientes:

- 1. El ordenamiento ambiental del territorio*
- 2. La evaluación de impacto ambiental.*
- 3. El sistema de control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas.*
- 4. La educación ambiental.*
- 5. El sistema de diagnóstico e información ambiental.*
- 6. El régimen económico de promoción del desarrollo sustentable.*

Ordenamiento ambiental

ARTICULO 9° — El ordenamiento ambiental desarrollará la estructura de funcionamiento global del territorio de la Nación y se generan mediante la coordinación interjurisdiccional entre los municipios y las provincias, y de éstas y la ciudad de Buenos Aires con la Nación, a través del Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA); el mismo deberá considerar la concertación de intereses de los distintos sectores de la sociedad entre sí, y de éstos con la administración pública.

ARTICULO 10. — El proceso de ordenamiento ambiental, teniendo en cuenta los aspectos políticos, físicos, sociales, tecnológicos, culturales, económicos, jurídicos y ecológicos de la realidad local, regional y nacional, deberá asegurar el uso ambientalmente adecuado de los recursos ambientales, posibilitar la máxima producción y utilización de los diferentes ecosistemas, garantizar la mínima degradación y desaprovechamiento y promover la participación social, en las decisiones fundamentales del desarrollo sustentable.

Asimismo, en la localización de las distintas actividades antrópicas y en el desarrollo de asentamientos humanos, se deberá considerar, en forma prioritaria:

- a) La vocación de cada zona o región, en función de los recursos ambientales y la sustentabilidad social, económica y ecológica;*
- b) La distribución de la población y sus características particulares;*
- c) La naturaleza y las características particulares de los diferentes biomas;*
- d) Las alteraciones existentes en los biomas por efecto de los asentamientos humanos, de las actividades económicas o de otras actividades humanas o fenómenos naturales;*
- e) La conservación y protección de ecosistemas significativos.*

Evaluación de impacto ambiental

ARTICULO 11. — Toda obra o actividad que, en el territorio de la Nación, sea susceptible de degradar el ambiente, alguno de sus componentes, o afectar la calidad de vida de la población, en forma significativa, estará sujeta a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental, previo a su ejecución,

ARTICULO 12. — Las personas físicas o jurídicas darán inicio al procedimiento con la presentación de una declaración jurada, en la que se manifieste si las obras o

actividades afectarán el ambiente. Las autoridades competentes determinarán la presentación de un estudio de impacto ambiental, cuyos requerimientos estarán detallados en ley particular y, en consecuencia, deberán realizar una evaluación de impacto ambiental y emitir una declaración de impacto ambiental en la que se manifieste la aprobación o rechazo de los estudios presentados.

ARTICULO 13. — Los estudios de impacto ambiental deberán contener, como mínimo, una descripción detallada del proyecto de la obra o actividad a realizar, la identificación de las consecuencias sobre el ambiente, y las acciones destinadas a mitigar los efectos negativos.

Educación ambiental

ARTICULO 14. — La educación ambiental constituye el instrumento básico para generar en los ciudadanos, valores, comportamientos y actitudes que sean acordes con un ambiente equilibrado, propendan a la preservación de los recursos naturales y su utilización sostenible, y mejoren la calidad de vida de la población.

ARTICULO 15. — La educación ambiental constituirá un proceso continuo y permanente, sometido a constante actualización que, como resultado de la orientación y articulación de las diversas disciplinas y experiencias educativas, deberá facilitar la percepción integral del ambiente y el desarrollo de una conciencia ambiental,

Las autoridades competentes deberán coordinar con los consejos federales de Medio Ambiente (COFEMA) y de Cultura y Educación, la implementación de planes y programas en los sistemas de educación, formal y no formal.

Las jurisdicciones, en función de los contenidos básicos determinados, instrumentarán los respectivos programas o currículos a través de las normas pertinentes.

Información ambiental

ARTICULO 16. — Las personas físicas y jurídicas, públicas o privadas, deberán proporcionar la información que esté relacionada con la calidad ambiental y referida a las actividades que desarrollan.

Todo habitante podrá obtener de las autoridades la información ambiental que administren y que no se encuentre contemplada legalmente como reservada.

ARTICULO 17. — La autoridad de aplicación deberá desarrollar un sistema nacional integrado de información que administre los datos significativos y relevantes del ambiente, y evalúe la información ambiental disponible; asimismo, deberá proyectar y mantener un sistema de toma de datos sobre los parámetros ambientales básicos, estableciendo los mecanismos necesarios para la instrumentación efectiva a través del Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA).

ARTICULO 18. — Las autoridades serán responsables de informar sobre el estado del ambiente y los posibles efectos que sobre él puedan provocar las actividades antrópicas actuales y proyectadas.

El Poder Ejecutivo, a través de los organismos competentes, elaborará un informe anual sobre la situación ambiental del país que presentará al Congreso de la Nación.

El referido informe contendrá un análisis y evaluación sobre el estado de la sustentabilidad ambiental en lo ecológico, económico, social y cultural de todo el territorio nacional.

Participación ciudadana

ARTICULO 19. — Toda persona tiene derecho a ser consultada y a opinar en procedimientos administrativos que se relacionen con la preservación y protección del ambiente, que sean de incidencia general o particular, y de alcance general.

ARTICULO 20. — Las autoridades deberán institucionalizar procedimientos de consultas o audiencias públicas como instancias obligatorias para la autorización de aquellas actividades que puedan generar efectos negativos y significativos sobre el ambiente.

La opinión u objeción de los participantes no será vinculante para las autoridades convocantes; pero en caso de que éstas presenten opinión contraria a los resultados alcanzados en la audiencia o consulta pública deberán fundamentarla y hacerla pública.

ARTICULO 21. — La participación ciudadana deberá asegurarse, principalmente, en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental y en los planes y programas de ordenamiento ambiental del territorio, en particular, en las etapas de planificación y evaluación de resultados.

Seguro ambiental y fondo de restauración

ARTICULO 22. — Toda persona física o jurídica, pública o privada, que realice actividades riesgosas para el ambiente, los ecosistemas y sus elementos constitutivos, deberá contratar un seguro de cobertura con entidad suficiente para garantizar el financiamiento de la recomposición del daño que en su tipo pudiere producir; asimismo, según el caso y las posibilidades, podrá integrar un fondo de restauración ambiental que posibilite la instrumentación de acciones de reparación.

Sistema Federal Ambiental

ARTICULO 23. — Se establece el Sistema Federal Ambiental con el objeto de desarrollar la coordinación de la política ambiental, tendiente al logro del desarrollo sustentable, entre el gobierno nacional, los gobiernos provinciales y el de la Ciudad de Buenos Aires. El mismo será instrumentado a través del Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA).

ARTICULO 24. — El Poder Ejecutivo propondrá a la Asamblea del Consejo Federal de Medio Ambiente el dictado de recomendaciones o de resoluciones, según corresponda, de conformidad con el Acta Constitutiva de ese organismo federal, para la adecuada vigencia y aplicación efectiva de las leyes de presupuestos mínimos, las complementarias provinciales, y sus reglamentaciones en las distintas jurisdicciones.

Ratificación de acuerdos federales

ARTICULO 25. — Se ratifican los siguientes acuerdos federales:

- 1. Acta Constitutiva del Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA), suscrita el 31 de agosto de 1990, en la ciudad de La Rioja, cuyo texto integra la presente ley como anexo I.*
- 2. Pacto Federal Ambiental, suscrito el 5 de junio de 1993, en la ciudad de Buenos Aires, cuyo texto integra la presente ley como anexo II.*

Autogestión

ARTICULO 26. — Las autoridades competentes establecerán medidas tendientes a:

- a) La instrumentación de sistemas de protección de la calidad ambiental que estén elaborados por los responsables de actividades productivas riesgosas;*
- b) La implementación de compromisos voluntarios y la autorregulación que se ejecuta a través de políticas y programas de gestión ambiental;*
- c) La adopción de medidas de promoción e incentivos. Además, se deberán tener en cuenta los mecanismos de certificación realizados por organismos independientes, debidamente acreditados y autorizados.*

Daño ambiental

ARTICULO 27. — El presente capítulo establece las normas que regirán los hechos o actos jurídicos, lícitos o ilícitos que, por acción u omisión, causen daño ambiental de incidencia colectiva. Se define el daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos.

ARTICULO 28. — El que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción. En caso de que no sea técnicamente factible, la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente, deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental que se crea por la presente, el cual será administrado por la autoridad de aplicación, sin perjuicio de otras acciones judiciales que pudieran corresponder.

ARTICULO 29. — La exención de responsabilidad sólo se producirá acreditando que, a pesar de haberse adoptado todas las medidas destinadas a evitarlo y sin mediar culpa concurrente del responsable, los daños se produjeron por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.

La responsabilidad civil o penal, por daño ambiental, es independiente de la administrativa. Se presume iuris tantum la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existen infracciones a las normas ambientales administrativas.

ARTICULO 30. — Producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución Nacional, y el Estado nacional, provincial o municipal; asimismo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción.

Deducida demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros.

Sin perjuicio de lo indicado precedentemente toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo.

ARTICULO 31. — Si en la comisión del daño ambiental colectivo, hubieren participado dos o más personas, o no fuere posible la determinación precisa de la medida del daño

aportado por cada responsable, todos serán responsables solidariamente de la reparación frente a la sociedad, sin perjuicio, en su caso, del derecho de repetición entre sí para lo que el juez interviniente podrá determinar el grado de responsabilidad de cada persona responsable.

En el caso de que el daño sea producido por personas jurídicas la responsabilidad se haga extensiva a sus autoridades y profesionales, en la medida de su participación.

ARTICULO 32. — La competencia judicial ambiental será la que corresponda a las reglas ordinarias de la competencia. El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie. El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. Asimismo, en su Sentencia, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, el juez podrá extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente su consideración por las partes.

En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte.

ARTICULO 33. — Los dictámenes emitidos por organismos del Estado sobre daño ambiental, agregados al proceso, tendrán la fuerza probatoria de los informes periciales, sin perjuicio del derecho de las partes a su impugnación.

La sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto erga omnes, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias.

1. PRINCIPIOS DE POLÍTICA AMBIENTAL

A lo largo de los años se han ido diseminando por todo el sistema jurídico federal argentino muchas normas ambientales, que tratan temáticas ambientales, frecuentemente contradictoria o redundantes. Esto muchas veces complicó su aplicación y dejó temas con respuestas jurídicas insuficientes. Esa legislación ambiental no ha creado, hasta el momento, cuerpos normativos sistemáticos.

En el año 2002 se sancionó una serie de medidas protectoras uniformes, por ser normas de fondo y de presupuestos mínimos. La ley 25.675 es una de esas leyes.

La misma se enuncia como una ley de presupuestos mínimos –artículo 1-, delimitando así el contenido del artículo 41 de la Constitución, que otorga competencia al Congreso para legislar en materia ambiental.

Los **objetivos** de la mentada Ley coinciden con las recomendaciones contenidas en el documento expuesto por la Unión Internacional de Conservación de la Naturaleza y de los Recursos Naturales –UICN, que cuenta con la asesoría, cooperación y apoyo financiero del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) y el Fondo Mundial de la Naturaleza.

En el citado documento se afirma que además de la integración de la conservación y el desarrollo, una gestión sana requiere de legislación apropiada, mecanismos de organización, capacitación e información adecuados y eficaces.

Cabe destacar que los deberes de educar ambientalmente y promover la participación pública no son precisamente conceptos novedosos en la materia: más bien están contenidos entre otros instrumentos internacionales en el principio 19 de “la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano”; en el texto del principio 10 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo; en el artículo 41 de la Constitución Nacional y en leyes locales de preservación del ambiente como las de la provincia de Córdoba, Mendoza, Buenos Aires, a título enunciativo.

Una importante corriente doctrinaria opina en concordancia con los preceptos establecidos en el artículo 2 inc.b de la Ley, que la “calidad de vida” es el bien jurídico protegido por el derecho ambiental. Así la citada fórmula se ha transformado en una especie de complemento necesario del medio ambiente, que expresa la voluntad de la búsqueda de la calidad más allá de lo cuantitativo, el cual estará identificado en el “nivel de vida”.

En razón de ello, la calidad de vida funciona como parámetro de condiciones mínimas que debe reunir el medio físico, entendido éste en un sentido amplio, relacionándose con los recursos naturales, y abarcando sensaciones psicológicas, estéticas. Por lo expuesto concluye Bustamante Alsina diciendo que *“el medio concierne no solo a la naturaleza sino también al hombre en sus relaciones sociales, de trabajo y de descanso”*.²³

Merece ser mencionado que la Ley 25.675 fija como fines de la Política Ambiental, objetivos de base “ecológico –biológico”, mencionados en los incisos d, e, y f del artículo 2, vinculados directamente con las ciencias de la naturaleza, cristalizando conceptos básicos como el uso racional de los recursos naturales, el equilibrio de los sistemas ecológicos y la conservación de la diversidad biológica

Continuando el análisis del texto de esta Ley General de Ambiente puedo apreciar que establece principios interpretativos que pretende que se apliquen, no solo para la interpretación de la misma, sino también para la exégesis de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental.

Estos principios son ideas directrices, pautas generales de valoración jurídica. Los mismos constituyen el fundamento o razón fundamental del sistema jurídico ambiental. Tienen una función interpretadora, operando como criterio orientador del juez o del intérprete. Estos principios generales, al ser propios de una rama del derecho, sirven de

filtro o purificador en caso de que exista una contradicción entre los mismos y alguna norma que quiera aplicarse.

Obviamente que también se utilizan para compaginar, comprender, interpretar y ordenar las normas dispersas en el ordenamiento jurídico. Por último, hay que resaltar que los principios generales del derecho cumplen una función “integradora” cuando existen lagunas en el derecho positivo.

La LGA. 25.675 contiene principios de interpretación y aplicación de la normativa y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental, que son reconocidos por doctrina del derecho ambiental. Estos son:

-PRINCIPIO DE PREVENCIÓN, el cual es fundamental respecto del instituto del daño ambiental. Trata de prevenir los efectos negativos sobre el ambiente. Ya los constituyentes habían remarcado que lo prioritario no era recomponer sino *evitar* el daño mismo. Y esto cobra importancia ya que en cuestiones ambientales muchas veces se torna imposible volver las cosas al estado anterior, razón por la cual será necesario evitar la degradación del ambiente. Por ello será la actividad preventiva la que mejor responda a la necesidad de evitar menoscabos que la reparación no pueda desarticular.

-PRINCIPIO DE EQUIDAD INTERGENERACIONAL, el cual reitera el principio consagrado en el texto constitucional, en tanto el compromiso de la conservación del ambiente a favor de las generaciones futuras, sirve también de fundamento para exigir una buena calidad ambiental en el presente. Este principio se complementa con el principio de sustentabilidad, que dispone que el desarrollo económico y social y el aprovechamiento de los recursos naturales deberá efectuarse a través de una gestión apropiada del ambiente. Este principio deriva del Protocolo adicional al Tratado de Asunción sobre Medio Ambiente. También es concordante con el principio nro. 3 de la Declaración de Río de 1992, el cual manifiesta que “El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presente y futuras”. Este principio trata de asegurar para las generaciones venideras la recepción de un mundo que desde la estabilidad ambiental les brinde las mismas oportunidades de desarrollo actuales.

Siguiendo la clasificación de las Naciones Unidas, que distingue en generaciones de derecho, se pueden incluir los derechos ambientales en los denominados de tercera generación, basados en la paz, la solidaridad, la cooperación, la preservación del ambiente, y el desarrollo. Pero a su vez en nuestra doctrina se postula que encierran

derechos de cuarta generación, por su carácter intergeneracional, lo que conlleva un deber exigible: de conservación o preservación de los recursos naturales, según la regla del artículo 504 del Código Civil, estipulación a favor de un tercero, constituida por un grupo igualmente protegido: las generaciones futuras²⁴.

-PRINCIPIO DE CONGRUENCIA, juega por las diversas relaciones que, conforme nuestro régimen de organización constitucional, se entablan entre el Estado federal y los estados miembros. Siguiendo lo establecido por el artículo rector, el 41 de la Constitución Nacional, se le otorga competencia al Congreso para legislar en la materia, dejando a las provincias la facultad de complementar y no de contradecir la normativa nacional. Este principio guarda analogía o similitud con el denominado principio de regulación jurídica integral, que exige del legislador y del intérprete tener una perspectiva integradora del derecho.

-PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD, que responde a la idea de temporalidad, de involucramiento o concientización paulatino, de adaptación. Este principio deriva de la proporcionalidad, entiéndase referida a la razonabilidad en los tiempos que insumen los cambios impuestos por la norma, el equilibrio entre medios y fines, es decir la viabilidad en el cumplimiento; y también a la gradualidad.

-PRINCIPIO DE LA PRECAUCION, que sirve para valorar la existencia o no del daño mismo, toda vez que establece que la ausencia de información o certeza científica no son motivo para postergar la adopción de medidas eficaces tendientes a impedir la degradación del medio ambiente. Este principio aparece consagrado como principio Nro. 15 en la “Declaración de Rio del '92 sobre Medio ambiente” y se ha extendido su aplicación a otros campos donde prima los intereses colectivos.

-PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD, que impone, como el nombre lo indica, una responsabilidad solidaria entre la Nación y los Estados Provinciales, pero que luego no desarrolla en el propio articulado de la ley. Constituye también el punto de partida para la constatación del daño transfronterizo. El principio solidario está consagrado en la Declaración de Rio sobre Medio Ambiente de 1992, en el principio 7, que dice “Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y

restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra”; como también se lo menciona en el 27 “Los Estados y los pueblos deben cooperar de buena fe y con espíritu solidario, en la aplicación de los principios consagrados”.

El principio de solidaridad esta compuesto, al decir de buena parte de la doctrina, por los principios de información en sus tres variantes: de un Estado al otro o de una Administración a otra o información popular, vecindad o países limítrofes, cooperación internacional, igualdad entre los Estados y principio del patrimonio universal, que considera el carácter internacional del ambiente.

Podría interpretárselo como una reiteración de lo que disponen los artículos 1109 y 1113 del Código Civil en materia de responsabilidad, con el mandato específico de proveer a la minimización de los riesgos ambientales sobre los sistemas ecológicos compartidos.

-PRINCIPIO DE COOPERACIÓN, este principio, a nivel internacional, es imprescindible. Se debe a una necesidad biológica y de subsistencia. Los Estados deben cooperar entre sí para erradicar la pobreza, como requisito indispensable del desarrollo sostenible, consagrado en el principio nro. 5 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente; para proteger la integridad del ecosistema de la Tierra, plasmado en el principio Nro. 7 de la misma declaración; para reforzar la creación de capacidades endógenas para lograr el desarrollo sostenible y para abordar los problemas de degradación ambiental, enunciado en el principio Nro. 12.

-PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD, del enunciado de la Ley 25675 se deduce que apunta a reforzar la idea de internalización de los costos ambientales en cabeza del generador degradante del ambiente, conforme también lo establecido en el principio 16 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente, 1992 que pregona “Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el contamina debería, en principio, cargar los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales.”

Asimismo, el texto del principio 13 de la Declaración sienta las bases para desarrollar un sistema de legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales, al establecer que “Los Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la

responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales. Los Estados deberán cooperar, asimismo, de manera expedita y más decidida en la elaboración de nuevas leyes internacionales sobre responsabilidad e indemnización por los efectos adversos de los daños ambientales causador por las actividades realizadas dentro de su jurisdicción, o bajo su control, en zonas situadas fuera de su jurisdicción”. Se trata entonces de fijar una “responsabilidad integral del degradador”, por la cual, la persona responsable de degradación de calidad ambiental está sujeta a sanciones civiles, administrativas y penales, aplicables acumulativamente. Tal criterio, fue receptado por la doctrina brasilera.

-PRINCIPIO DE SUSTENTABILIDAD, con base directa en la Constitución, en el artículo 41 que consagra el derecho ambiental, “para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras”. Concordantemente a lo expresado, la Declaración de Rio expresa en el principio 4 que “A fin de alcanzar el desarrollo sustentable, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada”. El desarrollo sustentable es la unión entre el medio y el desarrollo, cuya finalidad es buscar un nuevo modo de desarrollo basándose en una sana utilización de los recursos para la satisfacción de las necesidades actuales y futuras de la sociedad. La sustentabilidad es requerida en cuatro áreas:

- a- área ecológica, que conlleva a mantener los procesos ecológicos, renovación de recursos, mantener la diversidad biológica y su capacidad de regeneración;
- b- área social, que permita igualdad de oportunidades y estimule la integración comunitaria, participación ciudadana en la tarea de decisión y de gestión ambiental;
- c- área cultural, que preserva la identidad cultural básica y reafirma las formas de relación entre el hombre y su medio;
- d- área económica, implica internalización de costos ambientales.

-PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD, por el cual el Estado Nacional tiene la obligación de colaborar y de “ser necesario” participar en forma complementaria en el accionar de los particulares en la preservación y protección del ambiente. Este rol secundario del Estado que impone la ley, contradice la obligación central que impone el segundo párrafo del artículo 41 a las autoridades para proteger el derecho al

ambiente. En cuanto a su funcionamiento, la subsidiariedad posee dos aspectos, uno positivo y otro negativo. En el positivo, significa que el Estado Nacional tiene la obligación de colaborar, en tanto que la intervención de la autoridad nacional debe ejercerse solo cuando sea necesario. El aspecto negativo, implica, que la autoridad nacional debe abstenerse de asumir funciones que pueden ser cumplidas eficientemente por los particulares. Por lo tanto, el principio de subsidiariedad se aplica teniendo en cuenta dos criterios diferentes en la defensa ambiental: a la luz de la complementariedad, criterio de colaboración y criterio de necesidad. Es decir que la participación del Estado es concurrente y residual.

2. CONCEPTUALIZACION DEL DAÑO AMBIENTAL EN LA LGA.

El instituto legislado en los artículos 27 al 33, bajo el título “Daño Ambiental”, se refiere específicamente al “daño ambiental de incidencia colectiva”.

Así en el artículo 27 caracteriza el hecho dañoso, incluyendo con acierto los daños del ambiente provenientes tanto de “... hechos o actos jurídicos lícitos o ilícitos, que, por acción o por omisión...”.

Una importante corriente doctrinaria toma el concepto de ilicitud para concretar la definición de daño ambiental, tal como la hace la ley italiana, al disponer “Cualquier hecho doloso o culposo en violación de disposiciones de leyes o reglamentos... sea provocándole daño, alterando,... obliga al autor del hecho al resarcimiento a favor de Estado”.

Nuestra ley en cambio, ha tomado una postura significativa y amplía el concepto de daño de “incidencia colectiva” a todas las consecuencias, aún las que provengan de hechos o actos jurídicos cuya licitud no se cuestione.

El estado de avance de la legislación ambiental y el desconocimiento científico de los efectos dañosos de muchas conductas permite intuir que no todos los comportamientos generadores de daños ambientales hayan sido previstos por la legislación.

Cabe mencionar también, que a decir de Mario Valls, el articulado de la ley regula exclusivamente los daños ambientales de incidencia colectiva.

Según el autor, refiere a las consecuencias civiles del daño ambiental, pero los afronta con normas civiles, administrativas y procesales. De esta manera, se modifica el régimen de responsabilidad del Código Civil exclusivamente para el daño ambiental de incidencia colectiva.

Por su parte, el artículo 27 de la LGA define al daño como “...toda alteración *relevante* que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos.”

El texto de la Ley en su artículo 27 expresa que el daño tiene ser “relevante”, este dato en cuanto a la magnitud o significación del daño no pasa desapercibido. En doctrina nacional se ha dicho que es inherente al concepto de daño ambiental la alteración del principio organizativo de la naturaleza; esto es, producir una alteración del conjunto. De tal manera, se excluyen de dicha conceptualización aquellas modificaciones al ambiente, que no tiene tal efecto sustantivo. Este criterio sirve para delimitar aquellos casos en que la actividad productiva, transformando al medio ambiente, no llega a alcanzar el grado de lesividad.

También se vincula con los inconvenientes surgidos de la vecindad, o principio de la normal tolerancia en lo que respecta al concepto de intensidad razonable que el artículo 2618 del código Civil requiere para obligar a los vecinos a aceptar los daños y molestias ambientales socialmente tolerables.

Entonces, si entendemos que en la LGA solo se refiere a los daños de incidencia colectiva, quedarán para el derecho común los daños en las personas y/o en sus bienes, a los cuales se les aplicará las reglas de responsabilidad establecidas en el Código Civil.

Ahora es importante resaltar que el ambiente, como ya fue definido, es mutable, cambiante, se altera por su propia naturaleza. Dichas alteraciones pueden modificar pérdida o transformaciones de ciertos componentes o características, y las mismas implican una evolución del ambiente por causas naturales. Lo que se trata de regular a partir del artículo mencionado es transformación o alteración que se produzca en el ambiente proveniente de las actividades humanas. Ahora, dado que toda actividad humana altera el medio ambiente,

Será determinante detectar el umbral que delimita la capacidad de transformación del medio para soportar estos impactos menores sin ver afectado el “equilibrio” necesario para la conservación del mismo, es decir para el mantenimiento de las condiciones básicas del ecosistema.

Así por ejemplo en el caso “Séller”, se consideró que constituía daño ambiental un basural en el terreno abandonado de la Ciudad de Buenos Aires: *“Más allá de las controversias que genera el nuevo artículo 41, en punto al alcance que debe concedérsele al concepto del daño ambiental, la actitud omisiva de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires ante el funcionamiento de un basural en un predio que había*

cedido por decreto para que se instalara un Centro de Asistencia para la Mujer Golpeada, permite que se genere un daño con dichas características.”²⁵

A los fines de establecer el perfil del “Daño Ambiental” es necesario diferenciarlo de todo aquello que no lo es. “Daño Ambiental” no es “daño irrelevante”; daño ambiental no es “alteración positiva del ambiente y no es “daño de incidencia no colectiva”.

Pensando en la asignación de responsabilidades y para evitar una cadena de imputaciones infinitas y tal vez inconducente, el legislador establece en materia de daño ambiental el criterio de la “relevancia”. La expresión “relevante” –o su voz contraria, “irrelevante”- no deja de ser ambigua para resolver ministerio legis los casos concretos. Cierta doctrina considera que la línea divisoria entre la “relevancia” y su opuesto, se vincula con la posibilidad de la naturaleza de “auto –re-generar” lo destruido o degradado, distinguiendo las hipótesis de:

- “alteración” (o daño no relevante) caracterizada como una consecuencia “no irreversible” provocada al ambiente que el propio sistema natural puede remediar;
- “daño” se lo caracteriza como “degradación” que afecta la diversidad genética o los procesos ecológicos esenciales y que el sistema natural afectado no puede “auto –re-generar”²⁶.

Esta análisis deja pendiente la cuestión del plazo dentro del cual debería ocurrir la *auto-re-generación* natural de los componentes destruidos, pues es muy distinto si la misma se produce casi automáticamente que si tarde cien años.

En mi opinión no existe una única línea divisoria susceptible de diferenciar todas las hipótesis de “relevancia e irrelevancia” en materia de daño ambiental; existen, como mínimo dos líneas: una de ellas es absoluta y ocurre en caso de pérdida de biodiversidad; la otra es ponderada y ocurre en caso de alteración de ecosistemas, recursos, bienes o valores colectivos.

Ahora, así como no todo movimiento significa cambio, no toda alteración ambiental es necesariamente negativa. Ejemplo de ello estará representado en un caso de “forestación de una ciudad” realizada según criterios adecuados, constituye una modificación o alteración que traerá obviamente consecuencias positivas.

Es decir que será necesario evaluar si la modificación causada es “positiva” o “negativa” para el entorno ambiental. El problema se presentará cuando simultáneamente , o sucesivamente, dentro de un mismo proyecto, se generan alteraciones combinadas, es decir positivas y negativas, sean del mismo tipo o de distinta naturaleza, por ejemplo tala de árboles y forestación.

Corresponderá entonces realizar una ecuación integral de la composición ambiental, a los fines de ponderar todos los efectos derivadas de ambas alteraciones , positivas y negativas, y no caer en el descuido de medir solo los efectos más inmediatos, directos o tal vez los más perceptibles al ojo del hombre.

Por lo tanto y en el supuesto de alteraciones ambientales de distinto tipo, se deberá considerar, antes de su realización, la factibilidad de hacer un estudio que establezca:

- un sistema de cuentas patrimoniales ambiental exhaustivo, de modo que se computen todos los factores afectados;
- un patrón de medición “común” a todos los factores que permita realizar comparaciones y evaluaciones de ventajas y desventajas;
- se debe garantizar la “necesaria” participación de la comunidad afectada.

3. Sistema de RESPONSABILIDAD OBJETIVA.

Características de la Responsabilidad ambiental

Para el régimen civilista la responsabilidad por daños ambientales presenta las siguientes características:

Es OBJETIVA desde la sanción del Código se había establecido esta responsabilidad para algunos supuestos de daños al ambiente, especialmente cristalizada en las disposiciones de los artículos 1133 y 1134: principio que la reforma de 1968 generalizó en el texto del artículo 1113, 2do.párrafo. En virtud de lo expuesto, quien cause un daño al ambiente o tenga bajo su guarda o dependencia una persona o cosa que lo cause, será plenamente responsable.

El mismo criterio de objetividad se plasmó, a fines del siglo pasado, en el código de minería respecto a los perjuicios que la explotación de la mina cause al fundo civil en que yace.

Es REAL, según la opinión de Claudia VALLS²⁷, ya que se transmite sucesivamente a quien va usando o se va sirviendo de la cosa que daña al ambiente. En consecuencia todo nuevo adquirente de una cosa debería averiguar si contiene elementos o cualidades susceptibles de originar daño ambiental.

Correlativamente con lo expuesto y a título ejemplificativo, la Ley 24.051 de Residuos Peligrosos en su artículo 46 establece que no es oponible a terceros la transmisión ni el abandono del dominio de residuos peligrosos.

Suele ser DIFUSA en todo o en parte, ya sea por lo difuso e indirecto de la relación causal o porque todavía no se advierten quienes resultaran damnificados.

Otra característica relevante es que no es susceptible de dispensa por autorización administrativa.

Coincidente con lo expuesto y ya entrando en el texto de la reciente LGA, se observa que la misma adopta el criterio objetivo de responsabilidad, regulado en los artículos 28 y 29.

Puedo decirse, de esta manera, que la ley sigue la tendencia mayoritaria de la doctrina nacional e internacional. Por lo tanto QUIEN DEMANDA deberá:

- acreditar la existencia de daño:
- justificar que el mismo es relevante;
- que deriva de una acción u omisión de la persona imputada (relación de causalidad)

El que ocasiona el daño deberá responder mediante el restablecimiento del ambiente al estado anterior; y cuando este no sea factible, con una indemnización sustitutiva, según el texto del artículo 28 de la LGA:

“El que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción. En caso de que no sea técnicamente factible, la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente, deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental que se crea por la presente, el cual será administrado por la autoridad de aplicación, sin perjuicio de otras acciones judiciales que pudieran corresponder.”

El uso de la palabra “objetivamente” permite suponer no solo a la ejecución de un hecho que por culpa o negligencia ocasione un daño a otro (artículo 1109 del Código Civil) sino también a los dañosos que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que sirve, o que tiene a su cuidado (artículo 1113 Código Civil).

La liberación de responsabilidad por daño ambiental tendrá lugar de acuerdo al artículo 1113 del Código Civil en ocasión de daños causados con las cosas, al dueño o guardián que demuestre cualquiera de estas excusas:

- a) que de su parte no hubo culpa,
- b) si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, que la culpa fue de la víctima o de un tercero por quien no debe responder,
- c) que la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián.

Ahora, para el caso de daño ambiental de incidencia colectiva, el artículo 29 de la LGA exime de responsabilidad a quien demuestre que:

- a) se adoptaron todas las medidas destinadas a evitarlo,

- b) que de su parte no hubo culpa concurrente,
- c) la culpa fue exclusivamente de la víctima.

El sistema es similar al que determina el artículo 1113 del Código Civil, aunque en realidad es más gravoso para el responsable, pues para eximirse de responsabilidad deberá comprobar la culpa “*exclusiva*” de la víctima o del tercero. Además la extensión de la legitimación pasiva es mayor, ya que no se requiere que responsable sea dueño o guardián de la cosa, bastando simplemente con la figura del “generador” de efectos degradantes al ambiente.

Parte de la doctrina considera que la ley da un paso demasiado largo al extender el sistema de responsabilidad objetiva, que hasta su sanción se aplicaba solo a los supuestos de actividades peligrosas y con el fundamento dado por la teoría del riesgo creado y del beneficio económico obtenido y que debiera haber dejado un margen de aplicación para el sistema subjetivo, especialmente para aquellas actividades que aún dañando al ambiente se fundamentan en necesidades económico-sociales que justifiquen un tratamiento mas benévolo.

El artículo 29 de la Ley General de Ambiente al disponer los supuestos de exenciones de responsabilidad remite a un principio básico del derecho ambiental, tal como es el *principio de precaución*. El mismo exige la toma de medidas tendientes a evitar la ocurrencia de un mal potencial o de atenuar sus efectos en caso de que se produzca.

Se diferencia de la *prevención* ya que en éste la peligrosidad de la cosa o actividad involucradas es bien conocida. En cambio, en la *precaución* se basa en la incertidumbre científica en torno a los posibles efectos dañosos de la actividad concernida. Además como nota distintiva, el *principio de precaución* supone la inversión de la carga de la prueba, debiendo el proponente (y no el opositor a la iniciativa) demostrar la inocuidad de su propuesta.

Entonces, la incertidumbre científica, el riesgo de daño y la magnitud relevante del mismo, son, a criterio de la doctrina especializada, los elementos tipificantes de este principio, que ha tenido reconocimiento internacional a partir de la Declaración Ministerial de la Segunda Conferencia Mundial sobre el Clima, del Convenio Marco sobre Cambio Climático (1991) y de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de Río de Janeiro de 1992.²⁸

La ley sigue la practica de los artículos 45, 48 de la ley 24.051 de Residuos Peligrosos y de los artículos 40, 43 de la ley 26.612 de Gestión Integral de Residuos Industriales, que modifican el régimen de responsabilidad del Código Civil. En aquellos casos lo hizo

exclusivamente para uno y otros residuos. La Ley 25.675 lo hace para el daño de incidencia colectiva.

La pluralidad de sistemas de responsabilidad diseminados en leyes dispersas que se establece, dificulta finalmente el ejercicio de una eficaz responsabilidad por daño ambiental.

4. REPARACIÓN DEL DAÑO AMBIENTAL

En el texto del artículo 28 de la LGA se establece la prioridad de restablecer las cosas al estado anterior, coincidiendo con la obligación de recomposición ordenada por el artículo 41 de la Constitución:

“El que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción. En caso de que no sea técnicamente factible, la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente, deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental que se crea por la presente, el cual será administrado por la autoridad de aplicación, sin perjuicio de otras acciones judiciales que pudieran corresponder.”

¿Qué se entiende por “recomponer”?

Recomponer significa “componer nuevamente”, “arreglar”, “volver las cosas a su estado original”. En materia ambiental supone restablecer la alteración ocasionada, vgr. el equilibrio ecosistémico lesionado, el cuántum o la disposición de los recursos o bienes indebidamente alterados.

El “quantum” de la recomposición plantea problemas de apreciación, ya que no está rígidamente determinado si esto significa volver las cosas al “estado anterior” o a su óptimo estado inicial”. Lógicamente que estos planteos suponen la existencia de un juicio prudencial que vincule la proporcionalidad entre “el acto u omisión lesivos” y la “magnitud del daño perpetrado”.

Ahora cabe me pregunte ¿quién debe recomponer?

Encuentro a esta pregunta dos respuestas: una jurídica y otra técnica. En lo que respecta a la primera, se refiere al “sujeto obligado” a recomponer; y en la cuestión técnica remite al “sujeto capacitado” para ello. Ambos sujetos pueden o no coincidir.

Desde el punto de vista jurídico, el “sujeto obligado” es el causante o responsable del daño. La Ley 25.675 resuelve algunos supuestos específicos:

- *Pluralidad de responsables* cuando en el hecho dañoso hubieren intervenidos dos o más personas, o no fuere posible la determinación precisa de la medida

del daño aportado por cada uno de los sujetos, en este caso todos serán responsables solidariamente de la reparación frente a la sociedad.

- *Responsabilidad de las personas jurídicas* cuando el daño fuese cometido por personas jurídicas se hará extensiva la responsabilidad a sus autoridades y personas físicas, en la medida de su participación (art.31 Ley 25.675)

Cuando de los hechos resultare imposible identificar al sujeto responsable, será el Estado el que tenga la obligación de asumir el problema y su consecuente solución.

Ahora cuando me refiero al “sujeto capacitado”, es decir en el aspecto técnico, será el indicado aquel sujeto que tenga los conocimientos y la tecnología necesarios para “volver las cosas al estado anterior”.

El texto del artículo 28 se refiere a una indemnización sustitutiva que deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental, se trata de esta manera de desalentar la realización de actividades que afecten el ambiente, imponiéndose el depósito de una indemnización en un fondo especial que se destina a actividades y obras ambientales. En defecto del texto de la LGA puede mencionarse que omite determinar cual es el daño que se indemniza y los parámetros para determinar el monto indemnizatorio.

Con el Fondo de Compensación Ambiental se indemniza a los damnificados?

La indemnización por el daño colectivo indeterminado causado se destina a compensar a la colectividad con actividades y obras ambientales, pero no a la compensación económica concreta.

Las desventajas que puede ofrecer el Fondo de Compensación Ambiental, es que siendo el mismo de carácter público, puede derivar en una mayor burocracia y hasta inducir a una socialización del riesgo indeseable, lo cual llevaría a los responsables a obrar con menor diligencia que si se les hiciera directamente responsables de sus conductas dañosas.

De todos modos vale la pena señalar que habrá que esperar el transcurso del tiempo para emitir una opinión acerca del funcionamiento de este fondo.

Como ya lo he desarrollado ut supra, se interpreta que la indemnización en dinero se impone como un complemento de la recomposición y únicamente tendrá efectos sustitutivos cuando la reposición no fuera técnicamente posible. Su impulsión estará en manos de los legitimados por el artículo 30 de la LGA, que entre otros podrán ser:

- cada afectado, a los fines de “obtener” la recomposición del ambiente dañado;
- la persona directamente afectada si el hecho dañoso acaeciese en su jurisdicción;
- toda persona para solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de las actividades generadoras de daño ambiental colectivo.

Pero la LGA no se refiere a otras indemnizaciones que pudieran corresponder pagarle al damnificado. Esto es, a quien reclame y acredite haber sufrido un daño, sea o no de incidencia colectiva.

Pero que ocurre con los terceros damnificados, sean personas físicas o jurídicas, quien les resarce el daño?

Cada afectado tendrá derecho a que le reparen el daño sufrido por el medio que habita y en el que se desarrolla. Subsidiariamente, y con el propósito de proteger los intereses privados de la víctima, serán de aplicación los artículos del Código Civil, implementándose en todo su rigor el principio “contaminador-pagador”.

Además, habrá que tener en cuenta en el caso que la reposición de las cosas al estado anterior fuera imposible, la solución que nos brinda el Código Civil en el artículo 1083, que es la indemnización en dinero.

El régimen civilista deberá propugnar una situación de equilibrio entre el propósito dinámico de permitir el desarrollo colectivo, que constituye potencial generador de daños, y el estático de preservar los derechos individuales. Esta relación de equilibrio, en nuestros días, es entendido como “desarrollo sustentable”. Esto se logra a través del análisis económico que combine en justas proporciones las dos funciones básicas de la responsabilidad civil: la prevención del daño por un lado, y la indemnización por el daño causado, por otro.

Doctrinarios de reconocida trayectoria opinan que tanto la Convención Constituyente del '94, como la Ley 25.675 deberían dar cabida a otros mecanismos de protección ambiental. Entre ellos enuncian la figura de la “composición”, por la cual se aplicaría el corolario “el que contamina paga”, tan rechazado por los ambientalistas.

Analizando el tema veo que la “composición” puede ser interpretada como una especie de *recomposición simultánea* del equilibrio ambiental y encuadra con la exigencia del artículo 41 de la CN. Dado que es posible exigir “lo más” a través de la recomposición también podría exigirse “lo menos”, y más aún suponiendo que habláramos de hipótesis diferentes.

Además la composición es congruente con el principio de prevención, reconocido y consagrado en la mismísima Ley General de Ambiente que ordena “prevenir los efectos negativos sobre el ambiente”, atendiendo en forma prioritaria e integrada a sus “causas y fuentes generadoras.”, según texto del artículo 4 de la citada norma.

5. LEGITIMACION ACTIVA

El artículo 30 de la LGA, en cuanto a los legitimados activos, refiere al enunciado del artículo 43 de la Constitución Nacional que contempla en amparo colectivo, mientras que el daño ambiental está previsto en el artículo 41 de la Constitución, que inicia otorgando un derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado a todos los habitantes.

“Producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la CN, y el estado nacional, provincial o municipal; asimismo quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente la persona directamente afectada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción. Deducida demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros. Sin perjuicio de lo indicado precedentemente toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo.”

Parte de la doctrina considera que LGA cercena el derecho al ejercicio a un ambiente sano consagrado en el artículo 41 de la Constitución y para superarlo, interpreta que cuando la ley legitima “...al afectado...”, el mismo debe ser entendido en sentido constitucional, amplio, comprensivo de “todo habitante” que acredite un mínimo interés razonable y suficiente, sin necesidad de demostrar un perjuicio cierto o un interés particular. Dentro de esta corriente se anotan quienes sostienen que el término “afectado” es una palabra indulgente, que tanto comprende los derechos subjetivos, como los intereses legítimos y los intereses simples.

Esta interpretación tiene máximo argumentación si se lo añade al concepto de “daños de incidencia colectiva” consagrados en el artículo 27 de la misma ley.

En igual sentido, puede entenderse restrictivo la limitación de legitimación de las asociaciones a que se refiere el artículo 30, resultando contradictoria con el artículo 32 de la misma ley, cuando establece que “...el acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie.”

Por ende y razón de lo expuesto, puede entenderse que se trata de dos acciones diversas:

- una la acción de amparo colectivo, como vía breve, rápida, expedita para restablecer derechos constitucionales garantizados; y
- otra la de recomposición del daño ambiental, como una acción de conocimiento para fijar la responsabilidad por el daño causado.

Los Intereses colectivos, de pertenencia difusa, también llamados supraindividuales, están reconocidos en el artículo 43 de la C.N. al mencionar "...a los derechos de incidencia colectiva en general..."

Son aquellos intereses difusos los que pertenecen idénticamente a una pluralidad de sujetos, en cuanto integrantes de grupos, clases o categorías de personas, ligadas en virtud de la pretensión de goce, por parte de cada una de ellas, de una misma prerrogativa. De tal forma que la satisfacción del fragmento o porción de interés que atañe a cada individuo, se extiende por naturaleza a todos; del mismo modo que la lesión a cada uno afecta simultáneamente y globalmente, a los integrantes del conjunto comunitario.

Estos intereses se caracterizan por no pertenecer a uno, sino a todos los que conviven en un medio determinado. Son conocidos también como intereses Difusos y su nombre obedece a la particularidad que se encuentran distribuidos o desparramados entre todos los que componen una sociedad o grupo, no perteneciendo individualmente a una persona.

En síntesis. Toda vez que se presenta una situación de este tipo en la que esté involucrado un grupo de individuos indeterminados, no vinculados entre sí por una relación jurídica, pero que participen del mismo grado de interés respecto de bienes de disfrute necesariamente solidario y sobre los cuales ninguno de los integrantes del grupo pueda invocar derechos individuales, propios exclusivos y excluyentes, estamos en presencia de un "interés difuso".

Comprenden una amplísima gama de verdaderos derechos vitales que hacen a la calidad de vida, preservación del medio, tutela de la fauna, defensa de los derechos del consumidor, protección de bienes históricos arqueológicos, que no posan en el exclusivo patrimonio de una persona singular, pues comprometen la suerte y el destino de un grupo, medio o colectividad.

Esto se interrelaciona con la necesidad de destacar que la problemática ambiental tiene características propias y diversas a los conflictos tradicionales. Existe una pluralidad de sujetos interesados en el aprovechamiento, gestión y goce del ambiente con intereses propios, distintos y contradictorios.

En correspondencia con lo expuesto puedo hacer mención a un fallo de Cámara de Apelaciones Civ.Com. y Lab de Esquel en el cual se le reconoce legitimación activa para incoar a una vecina del lugar, receptando así la superación del criterio clásico de ataque a un derecho subjetivo de la persona para tener legitimación activa frente a los tribunales, ampliándose tal facultad cuando por cuestiones ambientales se afecta a

categorías enteras de individuos estando en juego un interés colectivo. La alzada en su decisorio le otorga al término "afectado" un amplio espectro, bastando con "acreditar un mínimo de interés razonable y suficiente para poder constituirse en defensor de derechos de incidencia general o supraindividuales –Cám.Apel.Civil Com.y Lab.

Esquel, Villivar, Silvina N c/ Provincia de Chubut y otros, 25/4/03 JA.2003. III . 397 (fallo in extenso en anexo Jurisprudencia.)

Una cuestión que la ley omite es la responsabilidad del Estado por la ausencia de intervención o por control deficiente, e incluso para los casos de responsabilidad por otorgamiento de concesiones o autorizaciones que conduzcan a los efectos no deseados.

6. Principio “contaminador-pagador”. Su correcta interpretación.

Hoy en día la mayoría de las empresas industriales externalizan el costo ambiental que su actividad genera, en lugar de considerarlo como un débito derivado de su propia actividad.

De este modo, al externalizar el costo ambiental de las actividades que resultan contaminantes, las empresas logran abaratar costos, a expensas del propio ambiente y de todos los usuarios; en vastas ocasiones, se verifica que el coste de un accidente es menor que el coste de evitarlo, por tanto una empresa económicamente racional preferirá pagar una indemnización que gastar más en prevenir el perjuicio.

Esto sucede algunas veces por ignorancia de la degradación que se le ocasiona al ambiente, ya que este problema esta muy ligado a la cuestión de la escasa información y la paupérrima educación en materia ambiental.

Esta falta de información se traduce a su vez en desconocimiento o equívoca consideración acerca de los perjuicios que determinadas actividades pueden ocasionar al ambiente o alguno de sus elementos.

Otras veces la externalización de los costos se produce como consecuencia de un actuar malicioso del sujeto activo. En todos los casos, el punto coincidente es que se desoye el principio conforme al cual “quien contamina debe pagar”.

La efectividad de este principio implica que quien causa un daño a otros sujetos, a la comunidad o al ambiente del que se sirven, debe abonar las sumas necesarias para su resarcimiento.

Este principio esencial del derecho ambiental debe ser interpretado como una “obligación de recomponer” el daño que una actividad ocasiona al ambiente por parte

de su ejecutor o causante, principio constitucionalmente reconocido en el artículo 41; y no como el derecho a contaminar el ambiente a cambio del pago de una suerte de *permiso*, como muy erróneamente se lo ha interpretado en algunas oportunidades.

Al respecto cabe mencionar que así se lo institucionalizó para la ex Obras Sanitarias de la Nación, a través de un decreto que imponía una tasa a quienes contaminaran el agua de la cual se abastecía. Solo sería admisible el cobro de una tasa destinada a sanear la contaminación referida y a controlar el cumplimiento de la ley y los límites impuestos a través de ésta.

Es realmente necesario concientizar al sector productivo sobre la importancia que desempeña la PREVENCIÓN en la cuestión ambiental, a fines de evitar catástrofes cuyos efectos pueden llegar a ser irreparables, y no dar riendas sueltas del principio “contaminador-pagador”.

Avalando esta postura se encuentran algunos doctrinarios que sientan que no se trata por cierto de tolerar la contaminación mediante el pago de un precio, sino por el contrario, se trata de tomar todos los recaudos necesarios para “no contaminar”.

Para lograrlo, el sector productivo deberá internalizar los costos ambientales, a través de procesos más cuidadosos, logrando una producción limpia, no contaminante, poniendo en funcionamiento plantas de tratamiento de efluentes líquidos, gaseosos; desarrollando campañas de concientización; educativas; etc.

Si pese al actuar diligente, se hubiese derivado en contaminación de la actividad productiva, corresponderá también al contaminador pagar para resarcir los daños causados en la propiedad civil y pagar para recomponer el daño ambiental ocasionado.

Ahora si no se hubiesen cumplido con el principio de internalización de los costos de la actividad productiva deberá además el contaminador, resarcir los daños derivados de su acción u omisión en la propiedad civil, pagar para recomponer el daño ambiental, y pagar la multa prevista por el incumplimiento incurrido, además de satisfacer las demás sanciones que pudieran corresponderle.

Por cierto, la reparación del daño causado en algunos casos, se torna insuficiente, tardía y hasta inidónea para dar satisfacción al requerimiento social de preservar o restaurar el contexto natural-cultural en el que se desarrolla una comunidad determinada.

Es por ello prioritario tomar conciencia que el bien “ambiente” es esencialmente limitado, y su consumo irracional podría provocar el agotamiento inminente con las consecuentes repercusiones negativas en la calidad de vida humana.

Por ello cada vez gana más terreno el paradigma del “desarrollo sustentable” que se refiere al desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer el desarrollo de las generaciones futuras.

El axioma que marca la preferencia de la *prevención antes que la curación*, tiene un justificativo ético, dado por la preservación de la vida y la integridad física; otro económico, en la medida que los costos de instrumentación resulten inferiores a los de la reparación; y otro sociológico, dado por la conformación de una mentalidad cultural dinámica inspirada en la solidaridad y la cooperación y uno tutelar del medio ambiente, como entorno que posibilita la vida.

7. Legislación en la Provincia de Santa Fe

Dentro del ámbito de la Ley General de Ambiente 25.675 le compete a las provincias dictar sus propias normas reguladoras de la materia y en referencia, en Santa Fe se promulgó la ley 11.717 de “Medio ambiente y desarrollo sustentable”.

En el articulado de la misma, se formula la política de desarrollo ambiental de la Provincia, así como establece el texto del artículo 1:

“La presente Ley tiene por objeto:

a.- establecer dentro de la política de desarrollo integral de la Provincia, los principios rectores para preservar, conservar, mejorar y recuperar el medio ambiente, los recursos naturales y la calidad de vida de la población.

b.- Asegurar el derecho irrenunciable de toda persona a gozar de un ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y la dignidad del ser humano.

c.- Garantizar la participación ciudadana como forma de promover el goce de los derechos humanos en forma integral e interdependiente.”

Se establece que la Secretaría de Estado de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable será la autoridad competente, y por tanto será la encargada de elaborar y proponer la política del medio ambiente, promover y garantizar la adecuada difusión y aplicación de las normas técnicas ambientales, según texto del artículo 3 de la citada Ley:

“Crease la Secretaría de Estado de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable, que será la autoridad de aplicación de la presente Ley. Las potestades, objetivos, régimen financiero y atribuciones que la Ley 11.220 y el decreto N° 1550/96 confería a la

Secretaría de Ecología y Medio Ambiente debe entenderse transferidas a esta nueva Secretaría.”

Contiene normativas acerca de la cuestión del Impacto Ambiental, los cuales, junto a la reglamentación pertinente, le dan un marco bien delimitado a la cuestión.

Por la presente ley, en su artículo 18, se establece *la obligatoriedad que tendrán las personas físicas o jurídicas responsables de proyectos, obras u acciones que afecten o puedan el medio ambiente, de presentar ante la Secretaría de Medio ambiente, un estudio e informe de evaluación del impacto ambiental en todas sus etapas.*

En concordancia a lo expuesto, según el artículo 19 de la presente ley provincial, se faculta a los funcionarios responsables de la aprobación de una obra o proyecto para “solicitar el informe de evaluación de impacto ambiental”.

Asimismo se responsabiliza a la Secretaría de Estado de Medio Ambiente sobre la realización de auditorías ambientales según el artículo 20 que ordena:

“La Secretaría de Estado de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable debe realizar Auditorías Ambientales de las obras y actividades que se encuentren en ejecución o desarrollo, o ejecutadas y en pleno funcionamiento con preexistencia a la sanción de la presente ley, conforme lo establezca la reglamentación.”

Para ello y a los efectos que la Secretaría de Estado de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable desarrolle una gestión óptima en la defensa, utilización, aprovechamiento y preservación del medio ambiente, en los artículos 3 y 4 de la mencionada ley, se determinan sus funciones específicas, entre las que cabe mencionar:

- elaborar y proponer la política del medio ambiente y desarrollo sustentable.
- controlar el efectivo cumplimiento de la presente ley y de las reglamentaciones que en su consecuencia se dicten.
- fiscalizar el cumplimiento, evaluar y sugerir modificaciones de las normas vigentes que regulen la materia ambiental.
- habilitar un sistema de registro para las actividades que sean capaces real o potencialmente de modificar el ambiente, las cuales deberán ajustarse a las normas que establezca la autoridad de aplicación.
- proponer los parámetros físicos, químicos y biológicos que determinen la calidad ambiental aceptable en función de la aptitud del medio y el equilibrio de los ecosistemas, los que serán reglados por ley especial.
- controlar en forma permanente el estado del medio ambiente y de los recursos naturales; fiscalizar el uso del suelo y subsuelo, agua, aire y otros recursos.

- proteger y tender a la conservación y utilización racional de los recursos naturales renovables y no renovables, propiciar la recuperación de las áreas degradadas y el empleo sustentable de los recursos biogénéticos.
- convocar a Audiencias Públicas, según lo establece la presente ley y la reglamentación que en su consecuencia se dicte.
- proponer al Poder Ejecutivo las normas de procedimiento que se incluirán en la reglamentación, intervenir en la evaluación y expedirse, respecto de los Estudios de Impacto Ambiental, conforme los artículos 19 y 20 de la presente Ley, y lo que se establezca por norma especial.
- Fomentar programas y desarrollar estudios ambientales y de desarrollo sustentable y promover la educación, capacitación y difusión en materia ambiental, en coordinación con los organismos provinciales competentes.
- Promover la difusión pública de los temas relacionados con el ambiente con el objetivo de capacitar a la población y lograr su participación activa en la defensa del medio ambiente

Para ello, la Secretaría de Estado de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable, está facultada a convocar a audiencias públicas a todas las personas, físicas o jurídicas, para debatir las cuestiones que hacen al impacto ambiental de cualquier proyecto de obra o actividad, cuando así lo considere conveniente.

Las recomendaciones emanadas de estas consultas populares tendrán carácter no vinculante, según lo establece el artículo 12, y constituyen un mecanismo de participación ciudadana de importancia relevante.

Al respecto adjunto el reciente fallo de la Cámara Civil y Comercial Sala 2 del 31 de Marzo del 2004, causa “Olivieri, Daniel c/ Municipalidad de Rosario” por el cual se resolvió: Revocar la sentencia impugnada; en consecuencia, ***anular el permiso de edificación 1765 y ordenar a la Municipalidad de Rosario que, con carácter previo a su otorgamiento, dé cumplimiento a lo dispuesto en el art. 19 ley 11717*** (Texto completo en anexo: Jurisprudencia).

Es decir que por un fallo inédito se revocó un permiso de edificación hasta tanto se cumpla con el informe de evaluación de impacto ambiental regulado por el artículo 19 de la Ley 11717 y su reglamentación respectiva.

Dicho informe debe ser previamente solicitado por “los funcionarios y agentes públicos responsables de la aprobación de una acción u obra, que afecte o sea susceptible de afectar el ambiente...” y aprobado por la Secretaría de Estado de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable.

**VII. HERRAMIENTAS JURÍDICAS
NOVEDOSAS QUE POSIBILITAN
LA PREVENCIÓN DEL DAÑO AMBIENTAL.**

1. SEGUROS AMBIENTALES

Dada la trascendencia y envergadura que tiene la cuestión del daño ambiental en la actualidad, entiendo que el seguro deberá ir cobrando un papel cada vez mayor en la gestión de riesgos ambientales provenientes del sector productivo.

Las aseguradoras son aliadas indiscutibles del “desarrollo sustentable” y al momento de hablar de protección del medio ambiente, en función de su propio quehacer y del auto-interés que su actividad implica.

Las compañías aseguradoras desarrollan un papel fundamental en torno a la prevención de riesgos, ya que, ninguna de ellas dará cobertura sin antes cerciorarse que el asegurado haya adoptado determinadas medidas para evitar la realización de cualquier siniestro.

Otra cuestión igualmente relevante, es el monto de la prima, ésta descenderá sensiblemente cuando se verifique una adecuada gestión ambiental por parte de la actividad del asegurado, y en contrapartida, podrá alcanzar niveles desmesurados y hasta existir la posibilidad de no cubrir el riesgo.

Por ello podría decirse que las compañías aseguradoras se convierten en verdaderos auditores en materia ambiental y la contratación de una póliza de segura en una herramienta útil de gestión ambiental.

En un seguro por responsabilidad civil convencional, los daños, lesiones o muertes a terceros por contaminación no están incluidos en la cobertura normal habitual. Por ende deben ser incluidos en forma expresa mediante cláusulas especiales, fijando los alcances y límites de la cobertura.

El riesgo es un acontecimiento futuro, incierto y ajeno a la voluntad del asegurado que, en caso de ocurrir, ocasiona un daño o compromete una responsabilidad. Se asegurará entonces un accidente puntual por contaminación, el que deberá estar específicamente detallado en el texto de la póliza.

La característica de los accidentes ambientales es que pueden afectar o perjudicar a uno, cientos o miles de personas, las que pueden ser determinadas o indeterminadas, además de los recursos que se utilizan y su entorno.

El daño ambiental puede no tener límites temporales y físicos precisos, ya que sus efectos pueden perdurar en el tiempo y diseminarse geográficamente.

La tendencia actual en materia de seguros es la especialización de manera que las pólizas de daños ambientales suelen contratarse hoy en día, en forma independiente de cualquier otro riesgo.

Las coberturas que suelen brindarse en estos seguros pueden sistematizarse en :

- indemnizaciones, donde se incluyen los daños personales, materiales y morales;
- gastos de limpieza, o clean up, como también aquellos necesarios para detener, neutralizar y aminorar los procesos contaminantes;
- reembolso de aquellos gastos realizados por el asegurado para evitar un daño que se está por producir en forma inminente;
- gastos y costas judiciales;
- establecimiento de fianzas, relacionadas con la responsabilidad del asegurado.

Entre las muchas exclusiones que incluyen normalmente, los contratos de seguros ambientales, pueden mencionarse, a modo enunciativo:

- actos dolosos;
- derivados de guerras y terremotos;
- multas y sanciones impuestas al asegurado;
- daños ocurridos por falta de mantenimiento de las instalaciones;
- lluvia ácida;

En la actualidad, todo lo relacionado con el “daño ambiental” y las posibilidades de contratar seguros para amparar esos riesgos, nos obligaría a buscar nuevas alternativas, habida cuenta que las concepciones tradicionales de los seguros parecerían ser insuficientes.

Así el mercado de seguros tuvo distintas etapas en relación al tema planteado:

- a) en un primer momento, hasta la década del '70, las pólizas comunes que amparaban los riesgos de la responsabilidad civil en general, donde no se excluían en forma expresa los daños derivados de daños ambientales.
- b) Posteriormente, y a medida que comenzaron a aparecer los primeros daños ecológicos y los pertinentes reclamos, se comenzaron a excluir las contaminaciones graduales, brindando amparo a los hechos “accidentales, súbitos e imprevistos” que muchas pólizas extranjeras exigían a través de la fórmula anglosajona “Suden & Unexpected”.
- c) Si bien la idea de las compañías de seguros quería cubrir únicamente los hechos súbitos (suden) e imprevistos(unexpected) varios fallos norteamericanos han sentenciado que suden no significa “súbito” sino “imprevisto”. Con esto entonces se entendía que el siniestro tenía que ser imprevisto de forma tal que, a pesar de la intención de las compañías de seguros, en algunos casos la

jurisprudencia también otorgaba cobertura a la polución “gradual”, siempre que fuese imprevista.

- d) No solo las aseguradoras excluían los daños “graduales”, sino que luego varias pólizas directamente excluían todo tipo de cobertura por daños ambientales.
- e) Posteriormente se empezaron a desarrollar las pólizas “EIL” –Environmental Impairment Liability-, consistentes en coberturas diseñadas expresamente para este tipo de riesgos. Además antes de contratarse, se obligaba a las empresas a realizar auditorías medioambientales. Incluso, antes de contratar o renovar una póliza, las compañías de seguro realizan un relevamiento de la experiencia siniestral del asegurado. Es pertinente recordar el caso de PETROBAS, que a principios del año 2001, se le hundió una plataforma petrolera, justo a los pocos días debían renovar su seguro y las compañías entonces aumentaron las primas en un 550%.
- f) Otra alternativa utilizada fue la constitución de pools, es decir, la agrupación de varias compañías aseguradoras con la finalidad sinérgica de aumentar la capacidad patrimonial. Esta unión se dio en países como Francia, Italia, Holanda, Gran Bretaña, Estados Unidos, entre otros.
- g) Y sin duda otra opción es buscar en los “Fondos de Compensación”. Estos fondos pueden ser de carácter público o privado, siendo los primeros los que tienen un mayor carácter social., es decir, no buscando el lucro como fin primero. Las ventajas que pueden resaltar se encuentran la rapidez en el pago de las reparaciones, mayor amplitud de las coberturas, la importancia que se le otorga a la prevención de los daños, etc. Estos fondos pueden ser “autónomos”, que pagan los daños cuando el autor es desconocido; “complementarios” que abonan en exceso a otras coberturas de seguros; por “subrogación” que tiene como finalidad pagar la indemnización y después repetir contra el responsable; de “garantía” que se encarga de responder en los casos de insolvencia o cuando no se puede identificar al autor del daño ambiental.

El principal obstáculo que registra la asegurabilidad de la responsabilidad por daño ambiental consiste en la dificultad que encierra este tipo de siniestro para dimensionar el daño, las probabilidades y frecuencias de que este ocurra, así como para estimar el costo de su reparación.

Estas particularidades, que dificultan notoriamente el cálculo de la tasa de siniestralidad, generan un alto grado de incertidumbre que lleva a las compañías aseguradoras a optar entre retirarse del mercado del seguro ambiental o bien, a permanecer pero fijando a

cambio, primas muy elevadas, con el afán de cubrir el alto grado de incertidumbre que predomina.

En consecuencia, este accionar de las aseguradoras, repercute negativamente en el mercado del seguro, desalentando la contratación por parte del asegurado.

El desafío respecto a la efectiva implementación de un contrato de seguro por daño ambiental, dependerá fundamentalmente de la obtención de una fórmula económica que refleje el equilibrio justo entre el valor de la prima y el interés asegurable, a la vez que se opere una adecuada protección del ambiente.

El régimen de seguros se rige actualmente por la ley 17.418 de seguros que integra el Código de Comercio de la Nación, por la Ley 20.091 de entidades de seguros y su control y por las restantes normas complementarias.

El riesgo por daño ambiental no se encuentra expresamente previsto como un interés asegurable por la legislación vigente en la materia, pero tampoco está prohibido por ella, siendo muy clara la redacción del artículo 2 de la ley que determina que “el contrato de seguro puede tener por objeto toda clase de riesgos siempre que exista un interés asegurable”.

Entonces, se desprende del marco de la legislación vigente que nada obsta a la contratación de un seguro que cubra la responsabilidad por daño ambiental, siempre que la misma sea aprobada por la autoridad de aplicación en la materia, siendo la misma, actualmente, la Superintendencia de Seguros de la Nación.

2. LA ETIQUETA ECOLÓGICA

2.1. CONCEPTO

La etiqueta ecológica constituye una herramienta complementaria ideal para diversas políticas de gestión ambiental. También conocida como “eco-logo” o “sello verde” permite, al poner a la venta un producto, que en su packaging se muestre que es menos perjudicial que otros productos para el ambiente.

Este elemento otorga al consumidor la información necesaria en forma rápida, efectiva y confiable para tomar una decisión y de esta forma apoyar directamente a mejorar los productos y su forma de producción desde la perspectiva ambiental.

Se trata en realidad de un certificado de garantía al revez, ya que además de asegurar un determinado rendimiento y calidad del producto que la lleva, lo que las ecoetiquetas

confirman es que se cumplieron en su elaboración procesos, requisitos y técnicas no agresivas para el ambiente.

Los productos que obtienen ecoetiquetas garantizan que a lo largo de todo su ciclo no contaminan los elementos básicos para la vida (agua, suelo, aire. Estos productos conllevan auditorias, seguimientos y evaluaciones de la gestión del proceso productivo, lo cual implica controles por parte de terceros.

A los fines de determinar que el producto sea ambientalmente aceptable se deberá controlar desde la materia prima que interviene en el proceso productivo hasta la energía necesaria para obtenerla y su fuente; hacer un detallado y exhaustivo análisis de impacto de los desechos que eventualmente se produzcan, los efectos de la emisión en la salud, en las características climáticas, o en un entorno particular, etc., para cada uno de estos items y finalmente, analizar la durabilidad, reciclabilidad y disposición final del producto mismo o su envase y alternativas.

Hoy en día el obstáculo fundamental para el desarrollo de las etiquetas ecológicas está dado por la falta de metodología científica aceptada para establecer los criterios básicos de evolución.

Este distintivo ambiental se inserta en los propios mecanismos de mercado tendiendo a expandirse en el marco de la oferta y la demanda. Esto será así en la medida que los consumidores aumenten el interés por el cuidado del ambiente, tal como es una clara tendencia actual.

Estos instrumentos distintivos son actualmente de carácter voluntario en las naciones y regiones extranjeras que los utiliza, marcando una tendencia hacia la obligatoriedad, ya sean porque las autoridades ambientales las están comenzando a exigir como requisito, o bien porque las grandes corporaciones los impongan, o más positivo todavía, por la propia presión del mercado consumidor.

El mayor obstáculo que registra la adopción del “eco-logo” en nuestro país está representado por el costo adicional del proceso productivo ambientalmente limpio, que encarecerá el precio final del producto en el mercado. Este mayor precio podría retraer la demanda del producto en el mercado.

Sin embargo se realizaron encuestas en el marco de las Universidades de Buenos Aires y Belgrano, que revelaron que un 70% de los entrevistados está dispuesto a pagar un mayor precio a cambio de un producto con procesos de producción limpia.

2.2 La experiencia extranjera.

Es a través de la experiencia de otros países, vivida durante aproximadamente quince años, que llegamos a un modelo de marco social mínimo necesario para el diseño, desarrollo e implementación de eco-etiquetas eficaces y útiles.

Así la eco etiqueta fue adoptada por la **República Federal Alemana** en 1978, bajo la denominación de “Ángel Azul”. En la actualidad este distintivo se encuentra en casi cuatro mil productos. Solo el quince por ciento de los que se postulan para ser acreedores del sello logran recibirlo y pueden utilizarlo por un período de tres años.

El programa se sostiene con el aporte que hacen los empresarios anualmente para llevar el sello en sus productos. La mayor crítica que la comunidad ha formulado contra este sistema es que no se toman en cuenta para la evaluación del producto todas las características consideradas importantes.

El organismo que entrega el “eco-logo” es mixto, está formado por la Organización Gubernamental responsable del medio ambiente de los estados alemanes representantes de la prensa y un panel formado por industriales, científicos, ecologistas, organizaciones de consumidores y una entidad testadora que analiza las propuestas de miembros de la industria, grupos de consumidores y público en general. La función principal del jurado es establecer los criterios de calidad que los productos deben alcanzar para ser acreedores del eco-logo.

Por su parte, la iniciativa europea de crear una etiqueta ecológica estaba destinada a dar respuesta a las preocupaciones ecológicas de los consumidores y ciudadanos europeos, alcanzar los objetivos de la política comunitaria de protección del medio ambiente a través de un mecanismo de mercado, y a fomentar la investigación y el desarrollo, especialmente en materias técnicas menos contaminantes, que es una manera de promover la innovación industrial.

Así el Reglamento de la Comunidad Económica Europea establece un sistema de certificación ambiental de los productos aplicable para toda Europa, a través de la creación de la etiqueta ecológica. El sistema se aplica a los bienes de consumo, tales como papel, zapatos, ropa, refrigeradores, pinturas. Es un sistema voluntario y la decisión de utilizar o no la etiqueta es prerrogativa del fabricante.

Los objetivos del sistema son: promover el diseño, la producción, la comercialización y la utilización de productos que tengan menos repercusiones en el medio ambiente y entregar más y mejor información a los consumidores sobre la repercusión ecológica de los productos. La etiqueta se concede únicamente a los productos que tengan menor

repercusión en el medio ambiente, durante todo su ciclo de vida, a los que cumplan con los criterios ecológicos estipulados para su categoría de producto y a los que se ajusten a los requisitos comunitarios aplicables en materia de seguridad y medio ambiente.

En Estados Unidos encontramos que existen iniciativas nacionales y otras por estados, como Nueva York, que desarrolló su propia etiqueta. Green Seal, una organización nacional no gubernamental, fundamenta su programa en el “análisis por ciclo de vida”, pero los estándares son construidos a partir de un proceso de discusión pública que involucra tanto a la participación de individuos, empresas, agencias gubernamentales, y también a los productores, quienes pueden solicitar el sello una vez que los criterios para una categoría de productos hayan sido establecidos.

El grupo se compone por líderes de los mayores grupos ambientales y algunos representantes de grupos industriales. El sello es otorgado a aquellos productos que completen satisfactoriamente su ciclo productivo y estén fabricados en base al estado de arte del sistema de producción involucrado, la empresa debe permitir ser auditada en su sistema de producción y tiene que llegar al máximo de materiales reciclables sin sacrificar calidad del producto, para obtener y ser merecedora del sello.

Mientras tanto en Japón, solo reciben la “eco-logo” aquellos productos que entren en categorías preestablecidas, como que la disposición final de un producto cause mínima perturbación al medio ambiente.

2.3 Propuesta para su implementación. Lineamientos mínimos

La adopción de este mecanismo en nuestra legislación constituirá un complemento ideal para otras medidas y herramientas ambientales.

Respetando la tendencia de este instrumento a insertarse en el mercado a través de organizaciones privadas, una norma en este sentido deberá estar dirigida a corroborar la seriedad de los organismos certificadores, imponiéndole reglas de procedimientos mínimos, características de idoneidad a los certificadores y controlando, que las mismas se cumplan estrictamente, funcionando así el Estado como un auditor de certificadores.

Algunos lineamientos mínimos que podrían considerarse para la incorporación de la “eco-etiqueta” serían:

- a) Podrá constituirse como certificador aquel organismo que cumpla con las reglas de idoneidad básicas que establezca al efecto la autoridad de aplicación nacional en materia ambiental.

- b) El organismo que se haya constituido como certificador, establecerá las condiciones de utilización de las “eco-etiquetas” para cada rubro y será el responsable de verificar su cumplimiento, pudiendo realizar investigaciones e inspecciones al efecto y en todo momento.
- c) El organismo certificador tomará todas las medidas apropiadas para garantizar la protección y confidencialidad de los documentos e información a él confiados al efecto de la certificación y posterior control
- d) En caso que el organismo considere que el titular de la eco-etiqueta no ha cumplido con las condiciones de uso, estará habilitado para suspender al mismo en el uso o bien retirarle la autorización para su utilización.
- e) El titular de la etiqueta deberá pagar un canon al organismo certificador por el uso de la etiqueta. La utilización de la etiqueta estará supeditada al pago a su debido tiempo de todos los cánones correspondientes.
- f) La etiqueta ecológica será claramente visible y solo se utilizará con la forma y color establecidos y aprobados por el organismo certificador.
- g) El organismo certificador informará al titular de la etiqueta sobre cualquier reclamo del producto que lleve la etiqueta, sin tener la obligación de revelar identidad del reclamante.

3. DAÑOS PUNITIVOS

3.1. CONCEPTO

Dentro de la concepción preventiva se enrola otra herramienta denominada “daños punitivos”, abarcativo de dos conceptos de enorme valor en la regulación ambiental, a saber, la *prevención* y la *disuasión*.

Desde la *prevención*, tiene como finalidad evitar que el evento dañoso se produzca y desde la otra, trata de producir un *efecto disuasorio* para el mismo causante del daño u otras personas que realicen actividades similares.

Según Pizarro²⁹ “son sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro”.

La figura de los “daños punitivos” proviene del derecho anglosajón, no encontrado el mencionado giro precedentes dentro de las fuentes de nuestra legislación civil.

La expresión “daños punitivos” no obstante ser la traducción literal de la voz inglesa “punitive damages” no es susceptible de identificarse con esta. En su origen dichos términos son comprensivos del daño que afecta al damnificado y además de la idea de castigo que tiene como objeto al dañador.

Además hay una diferencia muy sutil en el derecho anglosajón según se trate del vocablo “damage” en singular o plural. Así el término en singular, significa daño causado por la negligencia, intención o accidente de una persona respecto de otra en su persona o bienes. En cambio, su plural “damages” implica una compensación en dinero por la pérdida o daño experimentado. Esta noción a su vez, comprende los llamados “compensatory damages” cuyo objetivo es compensar al damnificado solo por los daños sufridos y los “exemplary damages” o indemnización incrementada, a la que se hace merecedora la víctima cuando ese menoscabo ha sido agravado por determinadas circunstancias (violencia, opresión, malicia, fraude, engaño, conducta dolosa por parte del ofensor) y tiene como finalidad inmediata compensar a la víctima por la angustia padecida.

No resulta sencillo dilucidar cual es la naturaleza jurídica del instituto ya que contiene notas que permite calificarlo, a veces, como punición y otras como un rubro reparatorio. Doctrinarios de renombre sostienen que el instituto de los “daños punitivos” es ajeno al derecho privado nacional.

De este modo renombrados juristas sostienen que se trata de sanciones que son un plus por sobre las indemnizaciones normales.

Analizando el giro, se observa que un efecto de la sanción es el restablecimiento de la situación conforme a derecho, pero además pretende evitar que se reiteren las conductas disvaliosas por lo que el ordenamiento jurídico impone sanciones que provocan al ofensor un mal sobre sí mismo.

Así, la pena contiene un elemento de compensación ideal de una lesión experimentada por el derecho en general y no por la víctima en particular. Habrá entonces, dos aspectos: uno reparatorio, propio del derecho civil, y otro sancionatorio, inherente al derecho público y más precisamente al derecho penal.

Los críticos a la admisión de esta figura sostienen que “el único” interés que tiene el derecho civil es la reparación de los daños sufridos por la víctima con motivo del acto ilícito cometido por otro, es decir una cuestión puramente de responsabilidad civil.

En cambio, los daños punitivos, en cuanto persiguen la aplicación de una sanción al infractor, resultan extrañas al ordenamiento jurídico privado, constituyendo una mixtura

entre aquel y el derecho público. Podría entenderse entonces que es una especie de vaso conector entre ambas ramas jurídicas.

Si bien es cierto que no se encuentran antecedentes de este instituto en las fuentes del derecho civil argentino, no es atendible, por ello, descartar la posibilidad de su incorporación al sistema jurídico. Más bien, en tiempos de globalización como los que corren y así como se difunde con tanta eficacia lo malo, debería correr idéntica suerte aquello que demuestra resultados positivos.

De manera contraria, quienes apoyan la figura en análisis, sostienen que se trata de un instituto que lleva insito una “visión totalizadora” ya que resulta comprensivo no solo de la faz sancionatoria sino también de una faz preventiva o disuasoria que es la que, en definitiva, prevalece por la trascendencia social que reviste.

Así el monto que resulte en concepto de daño punitivo, va más allá del mero resarcimiento o reparación de los daños y perjuicios, sino que implica privar al sujeto dañador de todos los beneficios que ha obtenido con su actividad, es decir, que la sanción punitiva va más allá del daño concreto sufrido por la víctima y apunta a intensificar el reproche.

Entonces se podría afirmar que el tema de la sanción punitiva es claro ejemplo de un Derecho lanzado al futuro, en aras de actuar no correctivamente las conductas dañosas sino preventivamente, tratando de evitar los excesos de empresas contaminadoras o aquellas que con el afán de lucro se lanzan al mercado con productos que tienen un potencial y conocido poder de dañar.

Otra objeción realizada es que el giro analizado comparte la naturaleza de las multas penales, pero no se imponen en un proceso que ofrezca las garantías suficientes de rango constitucional para su aplicación. No coincido con esta apreciación toda cuenta que esta figura aún no se encuentra regulada, por tanto todo dependerá de la forma de “instrumentación” que prevea el ordenamiento procesal que lo trate.

Si nuestra Constitución ha privilegiado el “derecho de defensa en juicio” y “el debido proceso”, no es posible advertir la razón por la que se tema la vulneración de tales garantías, en la medida que el mecanismo procesal adoptado guarde continuidad con la orientación impuesta por la norma de jerarquía superior.

Tampoco coincido con algunas posturas críticas que sostienen que este concepto puede producir un enriquecimiento sin causa en la víctima. A mi entender esta es una conclusión apriorística. Insisto, todo depende de la manera en que el instituto sea implementado legalmente, habida cuenta que el destino del monto a pagar por el dañador podría positivamente ser parcelado para diferentes fines; a saber, tanto a

satisfacer intereses particulares del damnificado y también a la comunidad toda cuyo ambiente ha resultado afectado.

En este sentido, y a los efectos de fijar lineamientos concretos al instituto, hay doctrinarios que opinan, desde el contexto del derecho comparado, que uno de los parámetros para *cuantificar* lo que debe abonar el contaminador será el beneficio obtenido por el transgresor como consecuencia de su comportamiento lesivo al ambiente. Parecería entonces que la forma más objetiva de determinar el “quantum” de los daños causados, estará dado por el “plus” o ganancia percibida por el infractor.

Se puede decir entonces que lo que la figura de los daños punitivos pretende es ocasionarle un impacto económico de tal magnitud como para inducir a la abstención de la conducta contaminante.

Es importante resaltar que lo se pretende a través de este instituto, es de preservar la indemnidad futura del ambiente, previendo conductas indeseables de parte de un ofensor actual o potencial; la elección debe realizarse entre valores sociales trascendentes e individuales. Cabe recordar que de proceder esta figura, estamos frente a un hecho consumado, un sujeto que ya ha transgredido y por su actuar disvalioso se hace acreedor a una penalidad y por otro lado, estamos frente a una comunidad cuyos derechos ya han sido menoscabados; lo que se pretende es que ello no ocurra más.

Desde otro ángulo es relevante destacar la figura del juez, que como operador principal del derecho, será quien mejor posicionado esté para advertir los posibles excesos de la ley en los casos concretos y morigerarlos a un prudente criterio de equidad y justicia.

En cuanto a la crítica que se le hace al instituto analizado, a los efectos de excluirlos del ámbito del derecho privado, por considerarlos perteneciente al ámbito publicístico, y con mayor precisión, al derecho penal, cabe destacar que dentro de las articulaciones civilistas, existen preceptos directamente encaminados a lograr enderezar la conducta impropia, abusiva y hasta ilegítima de un sujeto.

Resulta ilógico entonces que un ordenamiento legal se privase a si mismo de la posibilidad de castigar y prevenir aquellos actos que sean lesivos para un individuo o para la comunidad entera, renunciando de tal atribución para depositarla en otra rama del derecho. Es dable tener presente que el plexo jurídico es uno solo, con sus distintas vertientes públicas y privadas, en el cual deben encontrar tutela los derechos e intereses comprometidos o amenazados, aunque lógicamente con diferente grado de intensidad, atento a la distinta naturaleza de la que participan.

Al respecto, cabe destacar que críticos al instituto como la Dra Kemelmajer de Carlucci, han reconocido la necesidad de la implementación de un mecanismo preventivo dentro del ámbito del Derecho Civil, aún cuando ello implique *“una ruptura importante al régimen de la relación de causalidad”*³⁰, y continúa diciendo que *“estas indemnizaciones están teñidas de carácter punitivo o de sanción civil; pero ... el derecho civil no debe temer introducir la noción de pena cuando ésta sirva a los otros fines del derecho de daños, fundamentalmente, a su finalidad preventiva”*.

Cuantificación

En el análisis se observa que se produce una aguda confrontación entre el interés social orientado a mantener y mejorar el equilibrio del medio ambiente, por un lado, y las ventajas susceptibles de ser alcanzadas individualmente mediante la inobservancia de las normas creadas para preservarlo, sumado a la dificultad insita en la tarea de determinación de la fuente, cuantificación del daño y su posible asegurabilidad.

Sabido es que, toda persona que realiza una actividad que puede causar daños, hace un cálculo de la relación costos beneficios, respecto de lo que debe invertir en prevención frente al riesgo de tener que responder por los menoscabos provocados. Advertido el menor gasto que debe efectuarse por resarcimiento de daños, que el que representa el asumir medios preventivos para evitarlos, la opción económica de la empresa se volcara decididamente por la primera alternativa.

El parámetro que sirva para fijar los montos en los que determinarse los daños punitivos, debe observar un conjunto de pautas de mensuración dotadas de la mayor objetividad posible: es razonable sostener que el instituto debe significar un quantum mínimo y necesario para que quienes realizan actividades susceptibles de causar riesgos, reciban una condena que excedan el monto de los dañosos efectivamente causados en el caso concreto, pero que, simultáneamente, lo sancione por todos los otros casos en que no fue demandado o que sirva para compensar las sentencias determinantes de indemnizaciones insuficientes.

Desde una perspectiva eminentemente objetiva, se tendrá en cuenta las siguientes pautas:

- ✓ Naturaleza de la actividad, cada tarea productiva debe sujetarse a estándares predeterminados de calidad y seguridad, cuya inobservancia merece ser punida.
- ✓ Entidad del hecho dañoso, se trata del análisis de la gravedad del hecho injurioso, para ello será menester analizar su causa, la extensión y permanencia del daño, así como la posibilidad de revertirlo.

- ✓ Grado de previsibilidad, según la actividad los resultados podrán o no ser previsibles.
- ✓ Ganancia obtenida,
- ✓ Cumplimiento de la evaluación del impacto ambiental,
- ✓ Reiteración de la conducta,

La culpa: siguiendo la postura doctrinaria mayoritaria, se sostiene la preferencia por la exigencia de una responsabilidad objetiva, como medio eficaz para satisfacer demandas individuales y sociales en materia de derecho de daños.

No obstante lo expuesto se valorará la responsabilidad subjetiva como un elemento adicional para acentuar el deber de responder. Este aspecto debería ser comprensivo tanto de la voluntariedad del sujeto como en la citada previsión de lucro.

Debe destacarse la importancia que tiene, el factor económico pues el motivo por el cual la sociedad no logra el equilibrio entre la actividad productiva y la calidad del medio ambiente, es que los costos de gran parte de la contaminación y degradación no son soportados por el agente contaminador, sino por otro extraño a la injuria.

En consecuencia, dichos costos, trasladados al exterior del ámbito económico del dañador, no son tomados debidamente en cuenta por este. Se trata del fenómeno conocido como `externalidades`, el cual se traduce en una ventaja para el dañador que elude los costos del perjuicio, trasladándolo a quienes no deben soportarlos por ser ajenos a su causación.

Quien disminuye los costos al no emplear los medios necesarios para evitar la contaminación distorsiona la competencia del mercado porque ofrece sus productos a menor precio; al no asumir los gastos para impedirla, impone las consecuencias económicas del daño ambiental a terceros, como un costo que estos se ven precisados a tomar a su cargo, sin compensación, transformándolos en un costo social que excede lo meramente comercial.

En orden a obtener una mayor precisión en la materia conviene recordar la necesidad de acudir a parámetros objetivos para ponderar la mensuración de los daños punitivos; de ahí la importancia que reviste el análisis de lo que se conoce en economía como `punto de equilibrio de la empresa`

4. EVALUACIÓN DEL IMPACTO AMBIENTAL

La evaluación de impacto ambiental –EIA- es el mecanismo legal por excelencia para prevenir los daños ambientales potenciales. Surgen en los Estados Unidos y es la herramienta que hace posible que el sector productivo pueda conocer los efectos nocivos que la actividad que va a desarrollar puede provocar sobre el medio ambiente, aún antes de su inicio. Es una derivación del principio de prevención ambiental.

A los fines que empresas e industrias puedan ponderar valores para proceder a la internalización de los costos ambientales de las actividades que realizan, será necesario que puedan conocerlos y mensurarlos.

Se define a la evaluación de impacto ambiental como un procedimiento mediante el cual se pretende garantizar que todas aquellas potenciales repercusiones que una determinada actividad pueda tener sobre el medio, deban ser analizadas y descriptas sistemáticamente.

Asimismo Ramón Martín Mateo aprovecha para definirlo como “un procedimiento participativo para la ponderación anticipada de las consecuencias ambientales de una prevista decisión de derecho público”.

Nuestro país no es una isla, y lo que ha hecho es receptar los lineamientos internacionales que han adoptado este procedimiento como principal mecanismo de prevención ambiental.

Dicha herramienta y su procedimiento de aplicación fueron recepcionados en la Ley General de Ambiente como un instrumento de la política y de gestión ambiental, en el artículo 08, y expresamente está regulada en los artículos 11 al 13; junto con la pródiga legislación provincial complementaria. Digo esto pues en las diferentes jurisdicciones locales se ha reglado también el procedimiento de implementación de las EIA dentro de sus normas ambientales, haciendo una adecuación del principio de prevención.

Los estudios del impacto ambiental tienen por objeto identificar, pronosticar e interpretar las consecuencias o efectos del proyecto, la construcción, operación, desmantelamiento o abandono de obras sometidas a estudio, susceptibles de daño el ambiente, con el fin de prevenirlos y mitigar su incidencia colectiva.

La imposición legal, en forma homogénea en el ámbito nacional, a título enunciativo, contribuye a:

- a) incorporar a la tradicional evaluación económica de proyectos la variable ambiental, incluyendo en el factor decisivo para llevar una actividad su incidencia ambiental;

- b) que el promotor de un proyecto pueda conocer y evaluar los efectos nocivos de su actividad sobre el ambiente, o bien, escoger por alternativas más limpias, conociendo anticipadamente sus costos;
- c) que la autoridad pública controle los potenciales efectos perjudiciales de una actividad, analizados por la EIA y pueda imponer medidas correctivas o bien, prohibir el desarrollo de aquella actividad que fuera notoriamente lesiva para el medio ambiente;
- d) que los interesados puedan hacer valer sus derechos y dar a conocer sus opiniones;
- e) que los promotores de proyectos puedan competir en un pie de igualdad, ya que todos se someterán a las mismas reglas, evitando situaciones desventajosas.

La Ley General de Ambiente es rectora de la materia ambiental aplicable para todas la República. Es fundamental porque abarca toda la reglamentación del derecho establecido en el artículo 41 de nuestra Carta Magna, nucleando de manera centralizada todas las herramientas tuitivas de ese bien jurídico.

En sentido concordante, podría expresar que la LGA constituye el núcleo ordenador del sistema ambiental, unificando principios y herramientas, de la cual derivan las normas específicas, que pueden ser nacionales o provinciales.

De la lectura de los tres artículos que la LGA dedica al instituto en cuestión, observo que los pasos mínimos que deberán realizar los promotores serán:

1. Evaluación del impacto ambiental (EIA) o estudio preliminar del impacto ambiental.

Procedimiento administrativo global dirigido a predecir, interpretar, prevenir y comunicar el impacto ambiental conjunto derivado de una determinada actuación antrópica.

El primer paso para quien ejecute o planee ejecutar una obra o actividad determinada susceptible de causar un daño significativo al ambiente, consistirá en la presentación de una declaración jurada o informe preliminar del impacto ambiental que describa en forma veraz y completa la obra a emprender.

La finalidad de esta etapa de la evaluación es obtener en forma expeditiva y sencilla un diagnóstico ambiental preliminar del proyecto. Sobre la base del mismo se estimarán los potenciales efectos negativos de la obra sobre el medio ambiente y el nivel de detalle del estudio requerido posteriormente para su adecuado manejo.

Se considera preliminar porque se recoge la información existente sobre los diferentes elementos o atributos del medio actual –considérese clima, grado de

contaminación atmosférica, flora, fauna, desarrollo económico y sociológico de la región, ruidos, etc.- y sobre el potencial impacto que el desarrollo del proyecto provocaría en él.

Si la autoridad de aplicación luego de analizar el estudio preliminar y realizar sus propios controles entiende que el riesgo de daño lo justifica, podrá imponer al promotor la realización de un estudio del impacto ambiental.

2. Estudio del Impacto Ambiental

si del resultado arrojado por la declaración jurada, surgiera que existe un riesgo importante para el ambiente, el siguiente paso será entonces, la realización de un estudio del impacto ambiental que importa un estudio más profundo y especializado.

Es un análisis técnico integrado e interdisciplinado, en el que se identifican y valoran los impactos ambientales

Este estudio deberá contener mínimamente la siguiente información:

- ubicación de las obras, instalaciones o del lugar donde se ejecutarán las actividades;
- descripción del proyecto y de las actividades a desarrollar para realizarlo;
- relación de las actividades que integran el proyecto susceptibles de impactar en el ambiente, ya sea durante la etapa de obras como durante la puesta en marcha del mismo;
- descripción de los efectos del proyecto sobre el ambiente;
- detalle de los insumos que se prevé utilizar;
- descripción del suelo a ocupar y otros recursos naturales y componentes ambientales a usar, aprovechar o afectar continua o discontinuamente;
- descripción de los tipos, cantidad y composición de los residuos generados, efluentes líquidos y emisiones gaseosas o cualquier otro impacto molesto derivado de la actividad a desarrollarse;
- propuesta de medidas protectoras o correctoras incluidas en el proyecto para mitigar los efectos que perjudiquen al ambiente.

Estos contenidos mínimos no obstan a que cada obra se adapte a un reglamento propio que pueda contener distintas modalidades. La intención con esto no es reglamentar la evaluación sino imponer los requisitos mínimos a contener y servir de apuntador a las evaluaciones.

3. Declaración del Impacto Ambiental

Es el paso culminante de todo el procedimiento por el cual la autoridad de aplicación da la aprobación a la ejecución de la obra u actividad, propone modificaciones, el seguimiento de otra alternativa o bien aconseja el desistimiento de la acción.

Será la etapa de declaración del impacto ambiental y control de veracidad del estudio realizado por el promotor, por parte de la autoridad de aplicación.

Durante el citado procedimiento evaluatorio la autoridad de aplicación podrá dar la publicidad que crea conveniente, notificando a los organismos públicos que pudiesen tener interés en el proyecto como también incluyendo el procedimiento de consulta pública o popular cuando se tratare de proyectos de gran envergadura y compromiso social.

Dicha consulta podrá instrumentarse bajo la conocida modalidad de audiencias públicas, o bien a través otro mecanismo procesal que respete el principio por el cual sean oídos los sectores interesados, para poder evaluar el grado de aceptación social del proyecto. Si bien el resultado de la consulta no es vinculante respecto a la decisión final que adopte la autoridad respectiva, pero tiene un gran peso en las decisiones políticas.

Asimismo la autoridad respectiva podrá condicionar la aprobación de la evaluación a que se amplíe, modifique o se propongan alternativas para llevar adelante el proyecto. Esas condiciones deberían adaptarse a las innovaciones científicas y tecnológicas que alteren la actividad objeto de la declaración sujetándose al principio de la mejor tecnología disponible a un precio razonable.

Analizando el texto de los artículos de la LGA, resultan necesarias las siguientes etapas en el procedimiento de Evaluaciones de Impacto Ambiental:

**Etapa de Preparación y Clasificación de la actividad.* Previo al procedimiento en sí, será necesario conocer que proyectos o actividades son susceptibles de EIA y que requisitos se exigirá en la realización del mismo. Conforme el artículo 12 de la LGA las exigencias que deberán contener los diferentes tipos de EIA aparecerán regladas en una ley federal específica.

El proceso en sí iniciará cuando el titular del proyecto presente una declaración jurada donde manifieste la incidencia ambiental que tendrá la obra o actividad a desarrollar. En la actualidad, los criterios para someter una actividad al procedimiento de la EIA son diferentes según la legislación a que se enfrente. Tanto en derecho comparado como en las legislaciones provinciales los sistemas que operan parten de dos criterios: por un lado la lista positiva de tipos de proyectos que deben ser sometidos a EIA, y por el otro, los umbrales, tales que solo por encima de los mismos el proyecto debe ser evaluado.

**Procedimiento de evaluación de impacto ambiental.* Luego se presenta el estudio técnico de impacto ambiental que la ley simplemente denomina *estudio de impacto ambiental –ETIA–*, y en el artículo 13 establece los elementos mínimos que deberá contener. Este estudio de impacto ambiental constituye el núcleo en torno al cual ronda el procedimiento de EIA. Se presentará a instancia de autoridad competente, pues será la administración la que comunicará al presentante si es obligación completar el procedimiento o no. Vale la pena recordar que la instancia de la EIA puede aplicarse tanto a proyectos individuales como también a planes de gobierno, políticas públicas o programas.

**Contradicción colectiva.* Resuelta la etapa anterior, comienzan las diligencias ante la autoridad competente, dentro de las cuales el ciudadano podrá acceder a la información y contradecirla, ya que uno de los elementos básicos de este procedimiento es la “información pública”. Aquí se abre la posibilidad a que los ciudadanos participen ingresando sus objeciones al proyecto. Para ello las autoridades deberán asegurar que la población acceda a los estudios de impacto ambiental presentados. Es fundamental garantizar el derecho reglado en el artículo 16 de la Ley 25.675.

Estos mecanismos de acceso a la información ambiental servirán para que los posibles opositores se puedan interiorizar de los proyectos y de estudios de impacto ambiental presentados, a los fines que puedan saber si los afectará o no. Esta etapa denominada *contradicción colectiva* se puede mecanizar mediante la consulta, o bien por audiencia pública, y está claramente prevista en la letra del artículo 20 de LGA. Las oposiciones, si bien no serán vinculantes, constituyen una garantía para el ciudadano, ya que la autoridad que se aparte de la apreciación realizada por el ciudadano deberá fundar su decisión. Las mismas, además, le otorgan a la ciudadanía la posibilidad de impugnar el acto final por resultar violatorio de las garantías que poseen los administrados.

**Declaración de Impacto Ambiental (DIA)* Es la última etapa donde se dicta la declaración de impacto ambiental que es la decisión que toma la autoridad competente, que podrá:

- aprobar todo el estudio de impacto ambiental
- aprobarlo parcialmente, es decir con objeciones o condicionamientos –esta opción no está contemplada en la LGA pero se da por sobreentendida;
- ó desaprobarlo

En lo que respecta a la *autoridad de aplicación* en muchas provincias se vinculará directamente con el nivel de complejidad de la actividad a evaluarse. Así las actividades de mayor envergadura por lo general son analizadas por autoridades provinciales. En

cambio si el proyecto está circunscripto a un ámbito más reducido podrá entender la autoridad municipal. A mi criterio lo más deseable es la designación de autoridades locales en base al criterio de descentralización, fundado en el principio “pensar global, actuar local” y en el principio de “inmediación”. Esto no implica que determinadas actividades deban ser evaluadas por autoridades superiores, es más, por imperio del principio de “cooperación” reglado en el artículo 4 de la LGA, en el criterio de designación de autoridades competentes se deberá asegurar una adecuada administración conjunta en el caso de los efectos “transfronterizos” de las actividades con potencial de ocasionar “emergencias ambientales”.

De este modo, habrá situaciones en que la autoridad de aplicación será federal, si la actividad sometida a evaluación fuese de gran envergadura, comprometiendo los intereses de varias provincias. En otros supuestos podrá atender la autoridad provincial y en otros podrá quedar al arbitrio de las decisiones autónomas locales.

Otro elemento importante que incluye la ley es el criterio de la oportunidad respecto a la exigencia del procedimiento de estudio de impacto ambiental. Conforme lo regla el artículo 11 la terminación del procedimiento será *previa al inicio de la ejecución del proyecto o actividad*, es decir, implica que se debe concluir el procedimiento administrativo de la EIA –evaluación de impacto ambiental- para obtener el acto autorizante –declaración de impacto ambiental- que permita ejecutar el proyecto.

Entonces cabe preguntar ¿qué se entiende por ejecución? Si se clasifican los actos de desarrollo de una actividad como de planificación, construcción, operación y desactivación, no cabe duda que los tres últimos deben estar incluidos en el procedimiento de la EIA; pero la cuestión radicará en interpretar si la primera de ellas, es decir la planificación, se debe entender como ejecución o si esos actos no importan la misma.

Por cierto, la obligación de contar con la DIA –declaración de Impacto Ambiental- autorizante solo es exigible desde la ejecución del proyecto. Si dentro de ésta se incluye la planificación, entonces no se podrá realizar acto alguno antes de contar con la DIA autorizante. En cambio si la planificación no es ejecución del proyecto, no se exigirá al titular la DIA mientras realiza actos como confección de planos, compra del terreno, etc. Los fundamentos de uno y otro criterio son: por un lado se dice que el realizar el plano, comprar terrenos, pagar la escritura son actos que se pueden llevar adelante en paralelo a la tramitación del procedimiento de EIA, pues en este punto temporal *la actividad aún no tiene incidencia sobre el ambiente*. En cambio la otra postura aconseja que la EIA se lleve adelante en las primeras etapas del planeamiento, *antes* de que las ideas estén

demasiado consolidadas o avanzadas para cambiarlas. Se aconseja que la EIA se complete antes de que decida el uso de determinados lugares.

Asimismo, y como lo expresé anteriormente, la LGA presenta los lineamientos rectores bajo los cuales se impondrá una ley especial de Evaluación de Impacto Ambiental, o bien esta figura puede estar recepcionada por legislaciones Provinciales. De igual modo puede ocurrir que la figura analizada aparezca como instrumento de protección en leyes que tratan materias que se entrecruzan con el ambiente. Explicaré algunas de estos casos, y solo a título enunciativo:

1.- *Manual de Gestión Ambiental para Obras Hidráulicas con Aprovechamiento Energético, 1987.* Desde la obra binacional de Salto Grande se inician los primeros estudios de impacto ambiental (EIA) y se diseñan las bases normativas y de gestión ambiental de los proyectos hidráulicos multipropósitos, con el fin de minimizar sus efectos negativos y maximizar sus beneficios, concurrentes al desarrollo regional. El manual incorpora y establece los requerimientos ambientales a cumplir: evaluación de recursos; prefactibilidad; factibilidad; proyecto ejecutivo; construcción y operación. La autoridad encargada de evaluar y controlar la implementación de este procedimiento, oportunamente, fue la Secretaría de Energía de la Nación.

2.- *Manual de Gestión Ambiental de Centrales Térmicas Convencionales para Generación de Energía Eléctrica, 1990.* Este manual establece los requerimientos ambientales a cumplir en las siguientes etapas del ciclo de los proyectos: planeamiento; prefactibilidad; factibilidad; proyecto ejecutivo; construcción; montaje y explotación.

3.- *Ley 25612 de Gestión Integral de Residuos Industriales y de Actividades de Servicios.* Esta ley, en su artículo 32 expresamente prevé que “*Toda planta de almacenamiento, tratamiento o disposición final de residuos, previo a su habilitación, deberá realizar un estudio de impacto ambiental, el cual deberá ser presentado ante la autoridad competente, que emitirá una declaración de impacto ambiental, en la que fundamente su aprobación o rechazo. La reglamentación determinará los requisitos mínimos y comunes que deberá contener dicho estudio*”.

4.- *Manual de Evaluación y Gestión Ambiental de Obras Viales, 1993.* este manual está estructurado en tres secciones e incluye la “Planificación y Evaluación Ambiental de la Obra Vial”, con conceptos básicos y metodológicos de la EIA. La encargada de evaluar y controlar este procedimiento es la Dirección Nacional de Vialidad.

5.- *Consideraciones Ambientales en la actividad Petrolera y Gasífera, 1993.* La normativa establece la obligatoriedad de efectuar estudios de impacto ambiental y

acciones de remediación vinculadas a este tipo de proyectos o actividades, en todas sus etapas, a saber: exploración, construcción, operación, transporte y cierre.

6.- *Reglamento para la evaluación de impacto ambiental en áreas de la Administración de Parques Nacionales, 1994.* A partir del mismo se establecen las normas y contenidos de los estudios de impacto ambiental, de los informes de impacto y de los informes medioambientales. La autoridad encargada de evaluar y controlar su implementación es la Administración de Parques Nacionales.

7.- *Declaración de Impacto Ambiental –Actividades Portuarias- Ley 24093, 1993.* Por norma complementaria se establecen los contenidos mínimos a incluir en las declaraciones para todo proyecto de ampliación o instalación, de actividad o infraestructura en los puertos existentes y nuevos, que integran el sistema portuario nacional.

8.- *Código de Minería. Título complementario: De la Protección Ambiental para la Actividad Minera. Ley 24.585, 1996.* La incorporación de este título complementario al Código de Minería establece la obligatoriedad de presentar un informe de impacto ambiental previo a las actividades de prospección, exploración, explotación, desarrollo, preparación, extracción y almacenamiento de sustancias minerales e incluye las actividades destinadas al cierre de la mina. Será de aplicación la autoridad que determine cada provincia en el ámbito de su jurisdicción, la cual evaluará el informe mencionado y en caso positivo lo aprobará mediante una declaración de impacto ambiental para cada una de las etapas del proyecto.

9.- *Régimen de Gestión de Residuos Radioactivos. Ley 25018.* Esta ley muy especialmente prevé un artículo que establece la obligatoriedad de realizar los estudios de factibilidad ambiental en el caso que la Comisión Nacional de Energía Atómica proponga emplazamientos de instalaciones para la disposición final de residuos radioactivos. Enuncia el contenido general de estos estudios y establece la convocatoria a audiencia pública.

5. AUDITORÍAS AMBIENTALES

La “auditoría ambiental” o eco auditoría tiene por objeto verificar el grado de cumplimiento de las empresas respecto de sus obligaciones ambientales.

Se trata entonces, de “una revisión objetiva, periódica, documentada y sistemática llevada a cabo por entidades homologadas sobre instalaciones y prácticas relacionadas con estándares medioambientales”.

Para llevar a cabo este procedimiento se realizan constataciones en el actuar de las empresas industriales que se comparan con las exigencias ambientales exigibles según la autoridad de aplicación, o bien con estándares más estrictos a los que la cada empresa podrá comprometerse voluntariamente, tales como podrían ser las normas de calidad o estandarización voluntarias ISO.

Puede darse el supuesto que la “eco-auditoría” se constituya como un elemento independiente de la Evaluación de Impacto Ambiental, ya que puede ser realizada en cualquier momento y no condiciona la realización de una actividad determinada.

Ahora sin duda alguna que juntas las dos herramientas optimizan sus resultados, ya que la eco auditoría se transforma en un complemento necesario de la otra, fundamentalmente respecto de toda actividad susceptible de causar un relevante efecto perjudicial sobre el ambiente. La función principal de la auditoría ambiental será proporcionar datos a posteriori que permitan controlar e identificar los efectos de una determinada actividad sobre el medio, permitiendo aplicar medidas correctivas en los procesos productivos.

La figura de las “eco-auditorías” no fue recepcionada por la reciente LGA. Siendo que las mismas se transforman en la concreción de los controles y el seguimiento de los estudios de impacto ambiental, considero a mi juicio que será menester incorporarlas en nuestro ordenamiento, ya sea como un complemento de la obligación de realizar evaluaciones del impacto o bien como figura independiente.

El sistema nacional de auditorias podría montarse en virtud de alguno de los lineamientos mínimos, a saber:

- creación de un registro de “firmas consultoras” autorizadas para la realización de auditorias ambientales, las que deberán ajustarse a estrictos requisitos de idoneidad y conducta.
- El sujeto promotor de un proyecto podrá contratar los servicios de alguna de las firmas consultoras habilitadas.
- La consultora deberá realizar un informe periódico al promotor y a la autoridad de aplicación que mínimamente contendrá:
 - * datos cuantitativos sobre emisiones –entiéndase líquidos, sólidos, gaseosos, ondas sonoras-, residuos y consumo de materias primas, energía y agua;
 - * cumplimiento de las normas jurídicas de protección ambiental;
 - * descripción y valoración del impacto ambiental de la actividad auditada;
 - * valoración acerca del cumplimiento o no de los objetivos propuestos al realizar la evaluación de impacto ambiental;

- * actualización de los objetivos de una política ambiental empresarial, teniendo en cuenta el empleo de la mejor tecnología disponible en términos económicos aceptables;
- * la autoridad de aplicación deberá fiscalizar la confiabilidad de los informes elaborados por los auditores, a fin de mantener una nómina actualizada de “firmas consultoras” habilitadas;
- * será menester que las normas sobre responsabilidad por daño ambiental incluyan las reglas para delimitar la responsabilidad de auditores y fiscalizadores, cuando sus informes fueren omisivos o falsos, más allá de los márgenes de error que se establezca como admisible.

6. MEDIOS PROCESALES PARA LA TUTELA AMBIENTAL

6.1. El proceso como instrumento de tutela ambiental.

La conservación de las condiciones del medio ambiente constituye hoy una problemática central y requiere que todos los estamentos aporten su contribución para atender a la misma.

Es en este escenario donde se presenta el *proceso* como uno de los instrumentos que con idoneidad y aptitud puede atender a los requerimientos tutelares del medio ambiente y a la preservación de las condiciones naturales de vida, especialmente cuando esa protección debe ser impulsada por las organizaciones no gubernamentales o por simples particulares, ante la inacción, la mora o la ineficacia de otros estratos sociales o políticos responsables.

Con fortuna, la ciencia procesalista se ha ido abriendo camino en la asimilación de institutos antes impensados, principalmente de origen anglosajón, que extienden las posibilidades y alcances de los procesos judiciales, hasta tornarlos aptos para encauzar pretensiones que exceden el marco de la concepción clásica de la solución de conflictos intersubjetivos.

Así el reconocimiento de las legitimaciones colectivas, y de la tutela de los intereses difusos y colectivos permiten atender a la protección de cuestiones ambientales y también se hacen extensibles a otras materias. El proceso entonces, ha ensanchado sus horizontes admitiendo que en el mismo se aglutinen pretensiones coparticipadas, dando operatividad a la tutela de bienes pluri o meta-individuales, plasmados en las nuevas cláusulas constitucionales.

Los denominados derechos de la Tercera generación, entre ellos el derecho a un ambiente sano, han encontrado en el proceso un formidable instrumento para su efectiva y real consagración. Estas razones elegidas quizás arbitrariamente entre otras posibles, han llevado el proceso judicial al sitio que en la actualidad ocupa, como herramienta indispensable para proveer a la tutela ambiental.

Por derivación, todo un arsenal de instrumentos procesales se encuentra a disposición de quien desee utilizarlos para la obtención de esa tutela.

6.II. Instrumentos Preventivos.

La prevención resulta de capital importancia en todo lo relativo al medio ambiente y, fundamentalmente en lo que hace a evitar la producción del daño ambiental, en cualesquiera de sus manifestaciones.

Los “instrumentos preventivos” para atender a la tutela ambiental, desde la trinchera del accionar judicial, pueden reconocer distintos fundamentos y adquirir diversas formas. Así algunas normas tienen su origen en normas de legislación de fondo, en tanto otras son de naturaleza netamente procesal.

Entre los que puedo encuadrar como originario de Derecho de fondo, reseñaré el texto del artículo 2499 del Código Civil que dispone que “...quien teme que de un edificio o de otra cosa derive un daño a sus bienes puede denunciar ese hecho al juez a fin de que se adopten las oportunas medidas cautelares.” Este artículo en consecuencia, puede ser aplicado cautelarmente para “prevenir” un daño ambiental posible o probable.

Si bien es cierto que la disposición está consagrada para atender a la tutela de bienes particulares, nada impide su aplicación a la protección de un bien jurídico de tanta significación como el que corresponde a la tutela ambiental; y más aún si se considera que cualquier emprendimiento humano –industrial, edilicio, vial, energético, etc- pueden considerar consecuencias “ambientales disvaliosas” de muy diverso calibre.

Cabe mencionar que en definitiva, cualesquiera sea el origen o fundamento de la medida, cuando se judicializan las soluciones, las mismas adoptan “vestuarios procesales” muy similares.

Los instrumentos preventivos a categorizar son los siguientes:

- a) Medidas cautelares: son los instrumentos procesales predispuestos con mayor idoneidad específica para proveer a la tutela del medio ambiente. Su importancia radica en garantizar los resultados de las sentencias definitivas, no obstante el factor tiempo que conlleva necesariamente la sustanciación de los procesos judiciales.

El elenco de medidas precautorias a disposición es sumamente amplio y dependiendo de las circunstancias fácticas concretas, cualquiera de ellas puede resultar útil para proveer a la prevención ambiental.

Así encuentro que tanto el embargo, la inhibición general de bienes y la anotación de litis, no aparecerían como idóneas para atender a la prevención del daño o la afectación ambiental, aunque bien pueden ser utilizadas en forma complementaria para esa finalidad. Otras en cambio, como la prohibición de innovar o la medida innovativa si cuentan con particulares aptitudes a ese efecto.

La paralización-vía prohibición de innovar- de un emprendimiento humano de cualquier tipo, del que se derivaran posibles daños o afectaciones del medio ambiente; o bien la orden, a través de una medida innovativa, de sujetar la continuación o realización del mismo emprendimiento a determinado estándares, parámetros o condiciones de realización, para obtener similares resultados constituyen ejemplos de las potencialidades de estas cautelares en la prevención ambiental.

Para lograr una auténtica eficacia en materia de `prevención ambiental` muchas veces será necesario recurrir al poder cautelar residual de la judicatura, con el objeto de lograr soluciones real y eficazmente preventivas de la afectación, el deterioro, la contaminación o el daño ambientales.

Las medidas cautelares, para su despacho favorable, deberán cumplir con los recaudos legales generalmente exigidos para su despacho:

- la verosimilitud del derecho,
- el peligro en la demora, y
- la contracautela, serán requisitos de cumplimiento exigible como norma.

Sin embargo la Cámara de Apelaciones Civ. Com. y Lab. de Esquel, Chubut, en el cual se ordenó la detención de toda obra, acto o emprendimiento en proceso de ejecución dando lugar a un amparo interpuesto por una habitante del lugar, y ejemplarmente se rechazó el recaudo legal de la contracautela merituando muy especialmente “...*que en el proceso ambiental se enfrentan, por definición, dos partes muy desiguales - generalmente un ciudadano común contra un importante sujeto económico-, esta Cámara estima que es improcedente la exigencia de contracautela -real o personal- para el otorgamiento de medidas precautorias dictadas en el marco procesal de un amparo ambiental, pues lo contrario, en la mayoría de los casos, implicaría lisa y llanamente tornar ilusorio el derecho de jerarquía superior que se pretende proteger...*” (C. Apels. Esquel, 25/04/2003 - Villivar, Silvana N. v. Provincia del Chubut y otros). JA 2003-III-397, in extenso en anexo Jurisprudencia.

Dicho fallo tiene importancia porque aborda por un lado, la legitimación activa en una acción de amparo y medida cautelar anexa y por otro, reafirma el derecho a vivir en un ambiente sano, consagrado en el texto de la Constitución Nacional, aplicándose también las leyes locales vigentes en materia de Impacto Ambiental.

b) Otros medios de tutela ambiental.

La recomposición del ambiente debe abordarse de manera sistémica, lo que implica tomar partido desde vectores diferentes, con acciones que se complementen entre sí. Puedo entonces tratar acciones que permitan la protección del bien jurídico frente al daño ambiental:

La petición de cese del agente dañador y
la petición por recomposición propiamente dicha

A los efectos de analizar esta “acción” propia de la tutela ambiental, me remito nuevamente a la Ley General de Ambiente, que en el artículo 30, último párrafo, expresa “...toda persona podrá solicitar ... la cesación de la actividades generadoras de daño ambiental colectivo”.

Esta acción de cese podrá incoarse ante distintos tipos de pretensiones, incluyendo demandas que vayan desde la detención de la polución causante de daño ambiental colectivo, de las agresiones al paisaje, llegando hasta la supresión de medidas que importen agravios al patrimonio cultural. Resulta fundamental la vertiente preventivo procesal porque actuar después que el daño se perpetró es “como no haber actuado”.

Este tipo de protección se deriva de lo sensible que resulta ser el bien jurídico protegido. La misma norma constitucional que lo regula, junto con otros instrumentos internacionales son los responsables de poner en funcionamiento los principios de “prevención y precaución” como elementos en los que anida el derecho.

La idoneidad de los medios procesales radica en tanto y en cuanto puedan satisfacer el aspecto preventivo. Esta será la meta de los elementos procesales, ya que si la herramienta delineada para proteger no es apta para llegar a tiempo en su cometido, será lo mismo que si no se pudiera acceder a ella, e incluso aunque se logre una sentencia favorable será ineficaz si se pronuncia tardíamente.

Hoy más que nunca en el ámbito jurisdiccional ambiental, la tutela anticipatoria y las medidas cautelares se presentan como elementos fundamentales para brindar protección. En este sentido, la acción de cese será un elemento gravitante para lograr la detención del daño ambiental de manera previa a que éste se produzca. Su objetivo es “hacer cesar al agente dañador al tiempo anterior a la consecución del agravio”. Así, la acción de

cese implicará un anticipo de tutela mediante un análisis sumario de elementos cognoscitivos y sobre todo a través del juego de determinados principios de derecho ambiental, se puede rápidamente disponer de la protección preventiva del derecho, ordenando la cesación del daño potencial.

Como pilares de este nuevo panorama procesal actúan el principio de prevención junto con los de precaución y de sustentabilidad, ya que conforman un espacio por encima de las prerrogativas individuales, en el cual la comunidad hará jugar sus intereses pluri-individuales. La sustentabilidad será el límite externo al ejercicio de los derechos individuales, que estará cubierta por una esfera en que se ejercen los derechos de incidencia colectiva.

Esta acción tendrá por objeto detener la actividad generadora del “daño ambiental colectivo” de manera inmediata. Se la puede considerar acción común a las otras previstas en el mismo artículo 30 (acción de recomposición y acción de indemnización) pues se presenta frente al caso de daño ambiental de incidencia colectiva. , pero procesalmente requiere que sea independiente, ya que lo que se pretenderá es detener la continuidad del hecho dañoso.

A pesar que la misma LGA no prevé un mecanismo específico para materializar esta acción, puede decirse que la misma funcionará a través del amparo, como vía procesal idónea para solicitar el cese de una actividad que comenzará o que ya ha comenzado a ejecutarse sin haber obtenido el permiso pertinente, es decir la declaración de impacto ambiental, establecido por la Ley General de Ambiente.

Aunque la LGA no la regula expresamente, pero de su análisis se desprende que la acción de cese será procedente ante la conducta de agentes dañadores que hayan omitido el trámite de la Declaración de Impacto Ambiental, y frente a aquellos que habiéndolo hecho se la hayan denegado.

A diferencia de la ley nacional, en algunas legislaciones provinciales esta *acción de cese por falta de mecanismo preventivo ambiental* aparece a renglón seguido de la normas sobre evaluación de impacto ambiental. Más allá de la forma procesal que adopte, lo que se pretende es la intervención jurisdiccional de manera preventiva, protegiendo el ambiente en sus más variadas facetas.

6. III. Instrumentos conservadores y reparadores

a) La recomposición y el resarcimiento: al hacer referencia a éstos, entiendo que la etapa preventiva ya se ha visto superada y el daño ambiental ha comenzado a producirse o bien, en el pasado, ya se produjo.

los instrumentos procesales reparadores, a través de los cuales se pretenderá la recomposición o el resarcimiento, habrán de depender de las circunstancias fácticas, del carácter de las afectaciones producidas y de los medios legales predispuestos a esos fines, sean estos de carácter general o particularmente establecidos para atender a cuestiones ambientales.

Para determinar cuales tienen aptitud para los fines perseguidos en cada caso, habrá que desentrañar si se trata de una pura afectación ambiental de carácter metaindividual o si por el contrario, si se trata de perjuicios diferenciables y susceptibles de ser considerados como daños de carácter individual.

En concordancia con lo expresado se observa la imposibilidad de unificar los instrumentos procesales de reparación o de recomposición, atento a la diversidad existente en las características y calidades de `daños ambientales` acaecibles.

En esta cuestión se plantea problemas atinentes a las legitimaciones, tanto activa como pasiva, a los efectos de las resoluciones y sentencias judiciales y las repercusiones e incidencias de las mismas, y a los alcances de la cosa juzgada, todos íntimamente relacionados.

Finalmente, se ha sostenido la imprescriptibilidad de estas acciones de responsabilidad extracontractual teniendo en cuenta la `perdurabilidad` de las consecuencias de este tipo de daño.

6. IV. Medios de carácter mixto

Son aquellos que pueden atender tanto a “prevenir” como a “reparar o recomponer” el equilibrio ambiental, e incluso ambas a la vez.

La utilización de estos medios se caracteriza por la impostergabilidad o urgencia de las soluciones pretendidas, y la aptitud de estas herramientas para satisfacerla.

Estos medios son de indudable utilidad en todas aquellas circunstancias donde la tutela ambiental no pueda dilatarse ni esperar la solución que jurisdiccionalmente se pretende.

a) Amparo ambiental

El artículo 41 de la Constitución Nacional, en su nueva redacción, otorga un derecho a toda la población a un ambiente sano, y al expresar que “...dichos habitantes tienen el deber de preservarlo” válidamente podría interpretarse como el nacimiento a un auténtico amparo ambiental con notas distintivas propias.

Configura un “derecho -deber” de preservación del medio-ambiente que amerita favorecer su efectivización e interpretar los recaudos de los instrumentos para su tutela.

Acerca de la idoneidad y especificidad del amparo como medio para brindar tutela jurisdiccional en materia ambiental está regulado en el artículo 43 de la Constitución Nacional.

Deberán darse ciertas condiciones exigidas constitucionalmente para la utilización de esta vía rápida de protección:

- actualidad o inminencia en la lesión, alteración o amenaza de derechos,
- arbitrariedad o ilegalidad manifiestas,
- inexistencia de otro medio jurídico más idóneo.

Así lo prevé el segundo párrafo del precitado artículo que dice:

”... Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización...”

Es decir que en materia de amparo, el piso en cuanto a la legitimación activa lo constituye el previsto en el artículo 43, por lo cual ninguna autoridad provincial podría impedir que el “afectado”, el “Defensor del Pueblo” de la jurisdicción que corresponda o una “ONG” acudan a la acción expedita y rápida, en los términos que el mismo texto constitucional lo plantea.

Por lo tanto podrá recurrirse a la vía del amparo, como medio de tutela, tanto para los casos de prevención como para la reparación o recomposición ambiental.

Queda confirmada la cuestión del reconocimiento de la legitimación activa a las asociaciones civiles, organizaciones no gubernamentales representativas de intereses colectivos, en sucesivos fallos. Cabe al respecto, y a título ejemplificativo, mencionar jurisprudencia extraída de la Cámara Federal de La Plata, sala 2da., 08/07/2003, Asociación Coordinadora de Usuarios Consumidores y Contribuyentes c/ Ente Nacional Regulador de la Electricidad y otro, en la que se afirmó:

“...En efecto, en materia de legitimación activa la jurisprudencia argentina ya sostenía antes de la reforma constitucional de 1994 que "en el campo de los intereses difusos es evidente que no es sólo la cosa pública la que aparece directamente dañada sino que es el conjunto de los habitantes de una manera personal y directa la víctima respecto de la cual el derecho objetivo tiene

necesariamente que acordar un esquema de protección dando legitimación para obrar al grupo o individuo que alegue su representación sin necesidad de norma específica al respecto" (C. Nac. Civ., sala K, "Cartañá, Antonio y otros v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", fallo del 28/2/1991). "Será menester dejar de lado -destacó un señero fallo de este tribunal votado por el distinguido colega de sala, Dr. Schiffrin- el concepto iusprivatista individualista del daño resarcible dejando paso a una tendencia nueva pública, colectiva de tipo preventiva y represiva, donde se busque no tanto la reparación personal del lesionado, sino la paralización de los efectos dañosos. Uno de los medios para resolver la cuestión está en la dilatación de la legitimación de las personas afectadas para consagrar una expansividad horizontal, con fundamento en la protección de intereses legítimos o humanos que envuelven a una colmena de perjudicados" (C. Fed. La Plata, sala 3ª, "Giménez, Domingo y otra v. Estado Nacional, Ejército Argentino", fallo del 8/8/1988)."

b) Medidas autosatisfactivas

El carácter distintivo de estas medidas es el de proporcionar soluciones jurisdiccionales "urgentes y definitivas", esto es dar respuestas a aquellos supuestos que no admitan dilaciones ni sean susceptibles de ser sometidos tiempos que demandan los debates judiciales³¹.

Su despacho exige que se encuentre materializada una "urgencia impostergable", que justifique la perentoriedad de la solución pretendida, más aún teniendo en cuenta que la petición objeto de la medida autosatisfactiva deja de estar supeditada a la suerte de una pretensión principal; porque ella misma es esa petición principal.

Por esa se las denomina, también, cautelares materiales, porque tienen la virtud de contener la petición principal dentro de su objeto. Ello implica que su despacho favorable no se corresponde con el despacho de una medida cautelar clásica, sino que será una resolución definitiva, la sentencia que le ponga fin al proceso, ya que la aceptación de la autosatisfactiva torna innecesario el trámite posterior.

En la materia ambiental la respuesta inmediata o urgente está insita en la cuestión, ya que el deterioro cierto en el ambiente puede llegar a ser irreparable. De esta manera, las medidas autosatisfactivas pueden llegar a brindar soluciones útiles y temporáneas, que no lleguen demasiado tarde.

La adopción de medidas urgentes y definitivas para prevenir los daños al ambiente, o para recomponer los ya ocasionados, resultan soluciones que no admiten dilaciones y que bien podrían ser dispuestas a través de medidas autosatisfactivas ordenadas jurisdiccionalmente, ante una eventual inacción de otros poderes públicos para atender estas situaciones.

Entonces estas medidas aparecen como instrumentos de notable eficacia para proveer a soluciones ambientales “urgentes”, que no admitan de dilaciones, postergaciones o discusiones estériles, siempre que se presenten las particulares exigencias requeridas a los efectos de su despacho, puesto que las mismas implican una satisfacción jurisdiccional sin previo debate.

Como podrá observarse a los efectos de la tutela ambiental, los instrumentos procesales constituyen herramientas de las que no se puede prescindir.

VIII. REFLEXIONES FINALES

Finalmente considero que la actual desprotección jurídica del ambiente no es causada por la inexistencia de normas ambientales, sino por su deficiente instrumentación, difusión, conocimiento, aplicación y acatamiento.

La armonización del Derecho Ambiental a través de técnicas, herramientas y políticas legislativas idóneas, como las contempladas en el desarrollo del presente trabajo, a saber:

- ✓ La incorporación del uso de las eco –etiquetas;
- ✓ La regulación específica de seguros ambientales;
- ✓ La implementación en el ámbito nacional de estudios y evaluaciones de impacto ambiental;
- ✓ La regulación de nuevos institutos como la figura de los daños punitivos;

permitirá subsanar las deficiencias reseñadas.

Además propongo que se regule y reglamente en el orden federal la implementación de auditorías ambientales, sobre la base de los lineamientos expuestos ut supra, las cuales deberán acompañar en forma activa y correctiva las técnicas de producción con el fin de velar por la utilización de técnicas no contaminantes. Estas auditorías se transformarían en una herramienta de contralor y complemento de los estudios de evaluación ambiental, a los fines de evitar que se produzcan desviaciones o incumplimientos de los compromisos no contaminantes asumidos.

Como sustento de todo lo expuesto humildemente proclamo la necesidad de la creación de un *Tribunal Nacional de Medio Ambiente*, ya que la afectación del mismo no admite límites de fronteras, nacionales y menos aún provinciales.

La contaminación es una realidad que no afecta solo al lugar donde se produce, sino que sus efectos se expanden y pudiendo propagarse a zonas y regiones que traspasan límites geográficos y con más razón los límites políticos; es un problema que nos afecta a *todos*, y a título ejemplificativo puedo nombrar: el agujero de la capa de ozono, el movimiento de los mares, los deshielos polares, el cambio climático, el ciclo del agua, variaciones en el régimen de lluvias, etc.

Un interés de alcance nacional, por tanto, no puede verse protegido y amparado aleatoriamente según las localidades, sino más bien estamos en presencia de un proceso global que requiere una tutela interjurisdiccional efectiva y especializada.

Para materializar esta ambiciosa pretensión sería prioritario incorporar al Derecho Ambiental como materia de fondo, a los efectos que el Congreso, codifique la materia según el artículo 75 inciso 12, unificándose así la diversidad de leyes regulatorias de la materia, que se encuentran distribuidas entre las legislaciones provinciales y nacional.

La finalidad de su constitución contribuiría a una mejor administración de justicia, internalizando los principios propios de la temática ambiental, así también como las figuras de “daño a generaciones futuras o solidaridad intergeneracional”, el principio del “desarrollo sustentable”, diversidad, entre otros.

Este Tribunal entendería como instancia única y exclusiva en las cuestiones ambientales, ya sea en forma preventiva, punitiva y también reparadora. Para ellos será necesario contar con una legislación que incentive, estimule y premie las conductas eficaces no contaminantes.

Permitiría la adopción de criterios uniformes que obliguen al sector industrial a internalizar los costos de contaminación ambiental, mediante la incorporación de tecnología apropiada a los procesos productivos.

También fortalecería al cumplimiento de tratados o convenios internacionales celebrados con respecto al tema tratado.

El Estado deberá asumir un rol activo frente a las obligaciones Ambientales, desarrollando una conducta previsoras que permita adoptar medidas tendientes a preservar el ambiente, brindando a los habitantes una conducta positiva a través de inspecciones, supervisiones y dictado de leyes.

Obviamente que esa participación estatal debe ser integral y combinada, mediante una política coherente de sus tres poderes. En efecto, una norma de “fondo” resulta inoperante si no existe el mecanismo procesal adecuado para garantizar el acceso a la justicia de los ciudadanos, y correlativamente deben existir medios económicos para solventar la estructura administrativa y judicial esencial para que la ley se aplique.

En el orden social es imperante que se realicen campañas publicitarias que inciten a adoptar acciones como: uso razonable de los elementos no renovables; aprovechamiento de la energía; correcta eliminación de residuos; uso de materiales reciclados; eliminación de productos que contengan gases contaminantes, etc.

En concordancia con lo antes expuesto, será primordial realizar acciones tendientes a concientizar, educar y enseñar a la población toda que quien daña el medio ambiente se apropia, de una manera ilegítima, de un bien que nos pertenece a todos y que entre todos debemos preservar, para nosotros y para las generaciones futuras.

IX. JURISPRUDENCIA

*OLIVIERI, DANIEL c/ Municipalidad de Rosario
Cámara Civil y Comercial Sala 2da.*

2ª INSTANCIA.- Rosario, marzo 31 de 2004.

1ª.- ¿Es nula la sentencia impugnada?

2ª.- En su caso, ¿es justa?

3ª.- ¿Qué resolución corresponde dictar?

1ª cuestión.- La Dra. García dijo:

La falta de motivación en la cual se insertan los agravios fundantes del recurso de nulidad involucra cuestiones tales como la omisión de analizar numerosas disposiciones del régimen legal aplicable, la confusión en que se incurre respecto de "procedimiento" y "estudio" de impacto ambiental, el no tratamiento de cuestiones planteadas, la resolución de otras que no integraban la litis, la prescindencia de pruebas decisivas y la marginación de la presuncional que emerge de la conducta procesal de la demandada y el tercero interviniente.

Tales descalificaciones implican errores de juzgamiento que en caso de verificarse serían susceptibles de ser reparados en el ámbito de la apelación, también interpuesta.

No se advierten, por lo demás, vicios extrínsecos en el procedimiento ni en la resolución que autoricen la declaración de invalidez ex officio.

Voto por la negativa.

El Dr. Serralunga expresó idénticos fundamentos a los vertidos por la Dra. García y votó en igual sentido.

El Dr. Chaumet expresó que, advirtiendo la existencia de dos votos totalmente concordantes que hacen sentencia válida, se abstenía de votar (art. 26 LOPJ.).

2ª cuestión.- La Dra. García dijo:

I. El caso

El 17/9/2003 Daniel Olivieri promovió la "acción popular" prevista en la ley 10000 contra la Municipalidad de Rosario y/o quien resultara funcionalmente responsable, tendiente a la protección de los intereses difusos que se verían afectados si -como había trascendido periodísticamente- el ente público otorgara el permiso de edificación para construir una torre de 39 pisos, cercana al Monumento a la Bandera.

Tras afirmar que ese proyecto "...habría sido presentado sin ordenarse el procedimiento previo de evaluación de impacto ambiental (EIA.), exigencia ineludible para este tipo de obras según disposiciones normativa vigentes...", el actor pretendió "obtener una intervención jurisdiccional oportuna y útil para evitar todos aquellos impactos negativos que el megaemprendimiento habrá de producir, en tanto no se observe ese ineludible requisito" y petitionó, en concreto, que -acogiéndose la pretensión- "el tribunal indicará la conducta que deberá observar la autoridad demandada y el plazo en el cual deberá hacerlo".

El 8/10/2003 -antes de que se resolviera la cuestión planteada con relación a la cautelar prevista en el art. 8 ley 10000- la municipalidad otorgó el permiso de edificación para la construcción de la obra.

El 28/10/2003 el a quo rechazó "la dispensa de la cautelar solicitada por la demandada", y, aunque con un fundamento diverso, esa resolución fue confirmada por este cuerpo mediante interlocutorio 95, del 23/3/2004.

II. La sentencia impugnada

Tras desestimar las defensas previas opuestas por la accionada (falta de reclamo administrativo y caducidad de la acción), el juez de grado reputó improcedente la pretensión, con los fundamentos que -en lo que aquí interesa- se reseñan a continuación.

II.1) En primer lugar, "las reglamentaciones y normativas vigentes y antes citadas (arts. 18 ley 11717 ; arts. 8, 9, 12, 14 , 16, 20 y 21 decreto reglamentario 101/2003) determinan sin más la falta de necesidad del pretendido estudio para el tipo de obra que nos ocupa; y en segundo término, "ninguna prueba se ha arrimado que determine y convenza al tribunal que dicho estudio ambiental deba realizarse en la ocasión".

II.2) El art. 12 decreto reglamentario 101/2003 señala tres tipos de categoría de los emprendimientos o actividades, entre ellas las edilicias, esto es: 1) de bajo o nulo impacto ambiental, 2) de mediano impacto ambiental y 3) de alto impacto ambiental; por su parte, el art. 14 aclara que los emprendimientos o actividades listadas en el anexo II con el estándar 1 se considerarán como de categoría 1 y quedarán eximidos de presentar el formulario de presentación y la declaración ambiental; a su vez, los puntos 4.5.2, 4.5.2.1 y 4.5.2.10 de tal anexo les otorga un estándar 1 a la construcción de edificios y sus partes y obras de ingeniería civil, construcción, reforma y reparación de edificios residenciales, incluyendo la construcción, reforma y reparación de viviendas unifamiliares y multifamiliares, por lo cual tales emprendimientos quedan excluidos del "pretendido estudio o evaluación de impacto ambiental requerido".

II.3) El edificio que motiva el juicio debe ser encuadrado dentro de los referidos puntos, puesto que no existe en autos "otro elemento o prueba en concreto que determine que otra es la categoría o estándar que corresponde dar a la obra".

II.4) Tampoco se han acreditado hechos o circunstancias que "indiquen sin lugar a dudas que dicho estudio corresponde realizarlo como paso previo a la construcción...".

III. La materia recursiva

III.1) Como bien lo señala la demandada, este proceso no persigue que el tribunal realice una valoración del impacto ambiental que ocasionaría la construcción de la obra:

la tutela jurisdiccional es requerida a los solos efectos de verificar si, al conceder el permiso pertinente, la municipalidad ha violado disposiciones del orden administrativo local.

En ese estrecho margen de la decisión que la ley le confiere al juzgador, resultan inconducentes las alegaciones tendientes a persuadir respecto de las consecuencias ecológicas que se derivarían de la concreción del cuestionado proyecto y, por ende, las pruebas arrimadas para confirmar tales asertos.

Desde luego -y no es ocioso reiterarlo-, resultaría descalificable cualquier decisión judicial que -interfiriendo inconstitucionalmente en la actividad administrativa y con ostensible herida del principio de división de poderes- efectuara una revisión del mérito a la oportunidad de la referida autorización (auscultando el acierto y la conveniencia de tal decisión).

Se insiste, una vez más: la ley 10000 sólo le atribuye al juez el control de legalidad del acto administrativo.

III.2) El art. 18 ley 11717 dispone que:

"Las personas físicas o jurídicas responsables de proyectos, obras o acciones que afecten o sean susceptibles de afectar el ambiente, están obligadas a presentar ante la Secretaría, conforme el art. 21, un estudio e informe de evaluación del impacto ambiental de todas sus etapas...".

A su vez, el art. 19 establece que:

"Los funcionarios y agentes públicos responsables de la aprobación de una acción u obra, que afecte o sea susceptible de afectar el ambiente, están obligados a solicitar, con carácter previo, el informe de evaluación de impacto ambiental aprobado por la Secretaría de Estado de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable".

III.3.1) Con relación al ámbito objetivo de tal prescripción, la amplia e imprecisa fórmula legal ("obras o acciones que afecten o sean susceptibles de afectar el ambiente") no deja espacio para una especulación restrictiva; menos aún considerando que el art. 7 ley 11717 establece que:

"Para los casos que no puedan ser resueltos por las disposiciones pertinentes de la ley 11717 y su reglamentación, se recurrirá a las disposiciones de leyes o reglamentos que refieran a materias análogas locales y nacionales. En defecto de estas últimas, se recurrirá a los principios generales del derecho teniendo en cuenta la naturaleza y finalidad de las normas ambientales".

Pero además, subrayando el imperativo generalizado del "procedimiento" de evaluación de impacto ambiental -sólo con la excepción prevista en el art. 14, a la cual se aludirá en el parág. III.5- el art. 15 establece que:

"Para todas aquellas actividades no previstas en el anexo II, la autoridad de aplicación podrá establecer el estándar que resulte del análisis según las materias utilizadas, los procesos, los productos y los subproductos elaborados".

III.2.2) Respecto de la exigencia establecida en la ley, es necesario recurrir a la definición que brinda su decreto reglamentario: "Evaluación del estudio de impacto ambiental (EIA.): es el procedimiento técnico-administrativo realizado por la autoridad de aplicación basado en el estudio de impacto ambiental, estudios técnicos recabados y las ponencias de las audiencias públicas, si éstas hubieran sido convocadas, tendiente a evaluar la identificación, predicción e interpretación de los impactos ambientales que un emprendimiento o proyecto, produciría en caso de ser ejecutado, así como los mecanismos previstos de prevención, manejo, mitigación y corrección planteados por el proponente, con el fin de aprobar o rechazar el estudio de impacto ambiental".

En este terreno, la confusión en que incurrió el a quo respecto de ese "procedimiento" con el **estudio** de impacto ambiental tiene decisiva importancia pues, a estar a los términos del decreto, éste **consiste en la "documentación presentada por el responsable del proyecto o emprendimiento ante la autoridad de aplicación, cuyo**

principal objetivo es identificar, predecir y valorar el impacto ambiental que las acciones a desarrollar puedan causar y proponer medidas adecuadas de atenuación o mitigación pertinentes".

En una aproximación a lo que se aplicará infra, baste por ahora con tener presente que quien decide acerca de la necesidad o no de la presentación del referido estudio de impacto ambiental es la "autoridad de aplicación", o sea, la Secretaría de Estado de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable (nota)<FD 20041740 (***)>, y no la municipalidad.

En efecto, el art. 18 prescribe que:

"Los emprendimientos y actividades listados en el anexo II como estándar 2 que se encuadren en la categoría 1, estarán eximidos de presentar el estudio de impacto ambiental; los mismos están obligados a presentar ante la autoridad de aplicación la declaración ambiental prevista en el anexo V".

III.3) Y es que, precisamente, es tal organismo quien, a tenor de lo dispuesto en el art. 8 Ver Texto decreto reglamentario 101/2003, debe "categorizar" el emprendimiento o la actividad:

"La autoridad de aplicación decidirá... la categoría ambiental del emprendimiento o actividad, teniendo en cuenta las características del material que se manipule, elabora o almacene, la calidad y cantidad de residuos que se eliminan en el ambiente, la localización y características de funcionamiento, instalaciones y del riesgo ambiental". Para ello, conforme al art. 13, debe tener en cuenta los estándares de incidencia ambiental establecidos en el anexo II:

"La autoridad de aplicación utiliza para la categorización de los emprendimientos o actividades los estándares de incidencia ambiental de actividades que se establecen en el anexo II y que forma parte del presente decreto".

Y tal faena debe realizarse conforme a las pautas establecidas en el art. 14 :

"Los emprendimientos o actividades listadas en el anexo II con el estándar 3 se considerarán como categoría 3, debiendo presentar los emprendimientos el formulario de presentación y el estudio de impacto ambiental. Los emprendimientos o actividades listadas en el anexo II con el estándar 1, se considerarán como categoría 1 y quedarán eximidos de presentar el formulario de presentación y la declaración ambiental (anexo V).

"Los emprendimientos o actividades listadas en el anexo II con el estándar 2 serán analizados en función de la información aportada en el formulario de presentación, teniendo en cuenta las características enunciadas en el art. 21 ley 11717, pudiendo ser encuadradas en cualquiera de las tres categorías.

"Para categorizar las actividades industriales se aplicará la fórmula de categorización especificada en el anexo IV".

Si maguer la profusión de ítems contenidos en el anexo II, se tratara de una actividad que allí no estuviera prevista, el art. 15 establece que:

"Para todas aquellas actividades no previstas en el anexo II, la autoridad de aplicación podrá establecer el estándar que resulte del análisis según las materias utilizadas, los procesos, los productos y los subproductos elaborados".

Por último, el art. 16 prescribe:

"Asimismo la autoridad de aplicación podrá modificar el estándar asignado en el anexo II de una actividad cuando se demuestre que la clasificación asignada en dicho anexo no se ajusta a las particularidades o características de la actividad".

III.4) Lo dicho hasta aquí permite concluir que cualquier obra o actividad potencialmente susceptible de afectar el medio ambiente debe ser sometida al procedimiento de evaluación del impacto ambiental, salvo que se trate de un

emprendimiento listado en el anexo II con el estándar 1, en cuyo caso quedará eximido de presentar el formulario de presentación y la declaración ambiental.

III.5) Esta excepción -contemplada en el art. 14 se erige en el quid de la cuestión para decidir la legitimidad de la conducta de la municipalidad: si la construcción de la torre encuadra en el estándar 1, es obvio que no era necesario que, de modo previo a la concesión del permiso de edificación, se sometiera el proyecto al "procedimiento" de evaluación de impacto ambiental.

Sin embargo, el detenido estudio de la normativa aplicable conduce a la conclusión contraria.

III.5.1) Es cierto que el art 452 inc. 1 del anexo II le otorga al ítem "Construcción, reforma y reparación de edificios residenciales" estándar 1.

Pero no es menos cierto que dentro de las "Actividades especializadas de construcción" (art. 452 inc. 5) -globalmente clasificadas con estándar 2- se inserta específicamente el ítem "Actividades de hincado de pilotes, cimentación y otros trabajos de hormigón armado" (art. 452 inc. 52), al cual también se le otorga estándar 2.

Tampoco resulta un dato menor que dentro del genérico "Instalaciones para edificios y obras de ingeniería civil" (art. 453) se les adjudique estándar 2 a los ítems "Ejecución y mantenimiento de instalaciones eléctricas, electromecánicas y electrónicas" (art. 453 inc. 19), que "incluye la instalación de antenas, pararrayos, sistemas de alarmas contra incendios y robos, sistemas de telecomunicación, etc."

III.5.2) La perplejidad que puede producir esta sistematización es asumida por el propio decreto, que en su art. 17 establece que:

"Cuando en un mismo emplazamiento fueran desarrolladas actividades que producen diferente impacto ambiental, el titular deberá presentar un formulario de presentación detallando cada una de ellas. La categoría de la actividad está en función de la categoría más crítica que allí se despliegue".

Por ende, y teniendo en cuenta las características de la torre a construir -aún sin meritar sus especificaciones técnicas y ponderando lo que es simplemente un "hecho notorio"-, resulta claro que ella encuadra en los ítems 452 inc. 5, 453 inc. 1, 453 inc. 11 y 453 inc. 19 y -presumiblemente- en el ítem 452 inc. 52 (antes referidos).

Por las razones expuestas, juzgo que -al otorgar al permiso de edificación- la Municipalidad de Rosario ha violado disposiciones de orden administrativo local -concretamente, el art. 19 ley 11717 -, al margen de toda ponderación que merezcan las consecuencias que pudieren derivarse del sistema legal vigente, cuya inconstitucionalidad no se ha planteado en la especie.

Desde luego, la resolución que propicio de modo alguno importa soslayar la regla que ha de presidir este tipo de juzgamiento y que celosamente ha enunciado desde antiguo la Corte Suprema de Justicia de la Nación: "...la misión más delicada que compete al Poder Judicial es la de saberse mantener dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumbe a los otros poderes y jurisdicciones, pues al ser el poder llamado para sostener la vigencia de la Constitución, un avance en desmedro de las facultades de los demás revestirá la mayor gravedad para la armonía constitucional".

Voto por la negativa.

El Dr. Serralunga expresó idénticos fundamentos a los vertidos por la Dra. García y votó en igual sentido.

3ª cuestión.- La Dra. García dijo:

Atento a lo resuelto al tratar las cuestiones anteriores, corresponde revocar la sentencia impugnada; en consecuencia, anular el permiso de edificación 1765 y

ordenar a la Municipalidad del Rosario que, con carácter previo a su otorgamiento, dé cumplimiento a lo dispuesto en el art. 19 ley 11717.

Las costas de ambas instancias se imponen a la demandada y al tercero interviniente. Los honorarios de segunda instancia deben regularse en el 50% de los que correspondieren a la primera.

Así voto.

El Dr. Serralunga dijo que la resolución que correspondía dictar era la propuesta por la Dra. García y así votó.

El Dr. Chaumet dijo que se remitía a lo que dijo sobre la primera cuestión.

En mérito a los fundamentos del acuerdo que antecede, la sala 2ª de la C. Apels. Civ. y Com. -integrada y con abstención del Dr. Chaumet- resolvió: Revocar la sentencia impugnada; en consecuencia, ***anular el permiso de edificación 1765 y ordenar a la Municipalidad de Rosario que, con carácter previo a su otorgamiento, dé cumplimiento a lo dispuesto en el art. 19 ley 11717.*** Imponer a la demandada y al tercero interviniente las costas de ambas instancias. Regular los honorarios profesionales de la alzada en el 50% de los que correspondieren a la sede de origen.- Alicia García.- José M. Serralunga. (Sec.: Mónica Ferro).

Medida precautoria - Daño ambiental - Amparo

(C. Apels. Esquel, 25/04/2003 - Villivar, Silvana N. v. Provincia del Chubut y otros). JA 2003-III-397.

2ª INSTANCIA.- Esquel, abril 25 de 2003.- Considerando: Que la apelante se agravia de la mentada resolución por cuanto, mediante ella, el judicante decreta la medida cautelar que dispone de manera urgente la paralización de toda obra, acto o hecho a ejecutarse en el emprendimiento minero que en el Cordón Esquel lleva adelante la recurrente.

Comenzando su crítica, indica que para la procedencia de una medida como la atacada, como recaudos previos a su concesión debe comprobarse la existencia de verosimilitud en el derecho, un real peligro en la demora y, por último, quien solicita la medida debe prestar una contracautela que garantice el resarcimiento de los daños y perjuicios que la cautelar podría eventualmente ocasionar.

Indica que en autos ninguno de estos supuestos surge del fallo que ataca y que a través de su crítica lo tratará de demostrar.

Respecto de la primera, dice que la accionante no ha logrado probar ni acreditar la existencia del derecho que se ha vulnerado ni de otra vía ordinaria o administrativa que sea idónea para canalizar su reclamo.

Sostiene, además, que la petición y la medida atacada tienen como único sustento una "mera expectativa" y que en autos no ha sido probada.

Alega que: "Siendo la verosimilitud del derecho un asunto susceptible de apreciarse por grados y su configuración un requisito sustancial para la validez del acto jurisdiccional, la omisión de tal fundamento por parte del sentenciante, torna impugnabile la resolución apelada".

"La decisión judicial entra en crisis por sí sola. Los pretendidos fundamentos del fallo ponen de manifiesto su falta de legalidad y congruencia, principios elementales que debe satisfacer el magistrado, conforme lo exigen las normas de procedimiento. En tal sentido el decisorio impugnado no ha respetado las jerarquías de normas vigentes, sus fundamentos carecen de toda lógica, vulnerándose la igualdad de las partes en el proceso".

Luego de ello hace mención, en forma generalizada y sin indicar con claridad a cuál documental se refiere en especial -pues indica que es la acompañada por la empresa y la provincia del Chubut-, de que de la misma no surgen las circunstancias alegadas por la amparista y reconocidas en la sentencia.

Dice que su parte ha cumplido con los recaudos legales y ha presentado el Informe de Impacto Ambiental para cada una de las etapas y reconoce que debe - con posterioridad a ello- existir una declaración a ese respecto, tal como lo prevé el Código de Minería, dictada por la autoridad de aplicación.

Indica que toda su actividad ha sido desarrollada dentro del marco legal pertinente, que ha quedado demostrado que el impacto ambiental generado en las etapas ya desarrolladas es mínimo y que contó con la expresa conformidad de la autoridad de aplicación de la provincia, lo que surge, dice, de las constancias de la causa.

Cita luego jurisprudencia en apoyo de su postura referida a las medidas cautelares y los recaudos a observar para su otorgamiento.

Prosiguiendo con su crítica, indica que "Tan inverosímil resulta el derecho alegado por el actor que obliga al propio sentenciante a conceder la cautelar, amparándose fundamentalmente en los consid. 2 y 3 de la interlocutoria recurrida, omitiendo meritar deliberadamente las contundentes constancias obrantes en autos, ello en razón de que no ha podido la actora mínimamente acreditar los presupuestos de legitimidad que requiere el art. 21 tít. IV ley 4572, respecto del interés colectivo que habilita el ejercicio de la presente acción".

Luego hace mención a la importancia que reviste la actividad minera, de su repercusión y mejoramiento económico que la misma conlleva en cuanto a la ocupación de mano de obra y al carácter de utilidad pública de la explotación minera otorgado por el art. 13 ley de fondo, aspecto éste que, ya vale destacar, no se encuentra en discusión en autos ni ha sido objeto del amparo interpuesto, dado que la cuestión planteada está circunscripta exclusivamente al impacto ambiental que la actividad puede ocasionar, o no, y a las consecuencias del mismo en caso de que se produzca.

Cita luego un párrafo del responde llevado a cabo por parte de la provincia del Chubut en el que se indica que las tareas de la empresa se efectuaron a cabo dentro del marco de la legislación vigente y con la supervisión y control de la autoridad de aplicación.

Prosiguiendo con sus críticas, alega luego la recurrente que el judicante, en el consid. 12, pretende fundar su decisorio en los preceptos de la ley 4032 (LA 1994-C-4080) y su decreto reglamentario y pasa por alto las disposiciones del Código de Minería, desoyendo el principio de la jerarquía de normas.

Con relación a las normas que antes citara, destaca que en la etapa en que se encuentra el emprendimiento, es decir, la de exploración, no surge que necesariamente deba convocarse una audiencia pública e indica con minuciosidad el articulado de la ley en el que sustenta su postura.

"Es claro entonces que todo el argumento esgrimido por el a quo, quien pretende extraer mayor rigor de la norma local frente a la federal, cae también por su sola comparación e interpretación, dado que en la actividad minera, no pueden realizarse trabajos, laboreos

sin previa autorización de la autoridad de aplicación, aun en aquellas etapas que como la prospección alcanzan escasa significación desde el impacto que provocan al medio ambiente".

Por último, y como conclusión de esta queja, indica que conforme lo sostenido no ha sido comprobada la verosimilitud del derecho invocado.

En cuanto a su queja respecto del peligro en la demora, comienza expresando que: "Respecto del presupuesto que habilitaría el dictado de la cautelar aquí apelada, esto es peligro en la demora; es evidente que el mismo no alcanza para considerarlo configurado por la sola opinión del reclamante o por su temor, aprensión, recelo, apreciación subjetiva, o mero pesimismo; sino que debe provenir -como enseña Podetti- de hechos que puedan ser apreciados, en sus posibles consecuencias; se trata pues de motivaciones, de orden racional que autorizan a pensar o creer en la factibilidad del desbaratamiento. El simple capricho debe ser desterrado".

"No se configura el peligro en la demora si no aparece justificada sumariamente ninguna circunstancia fáctica que haga fundado el temor que expresan los actores. No basta con la sola manifestación si no se demuestra la razonabilidad de la pretensión a través de elementos probatorios legales e idóneos, circunstancia que no ha sido acreditada en autos".

"Por el contrario, ha quedado probado y de manifiesto que el impacto ambiental generado por la actividad ya desarrollada es mínimo, dado su carácter de provisorio y que el mismo cuenta con la expresa conformidad de autoridades competentes".

"Así, la cautela innovativa decretada arrasa con toda la pirámide jurídica de la República. Vulnere derechos de raigambre constitucional como el de propiedad, de ejercer industria lícita, de obtener una sentencia justa, derechos mineros adquiridos y ambientales también adquiridos".

"La propia actora ha denunciado en autos su carácter de desocupada. Si bien es cierto que ello no puede ser obstáculo alguno para el ejercicio de un derecho, sí tiene directa consecuencia desde el resguardo patrimonial que debe garantizarse ante eventuales perjuicios que puedan afectar sensiblemente los intereses de la compañía y del proyecto minero, cuya actividad debe suspenderse por disposición judicial".

A juicio de la recurrente, resulta indudable que -y conforme la doctrina que cita- la caución no puede ni debe ser la dispuesta por el judicante.

"De la lectura del decreto judicial impugnado no surge que tales premisas hayan sido satisfechas", lo que invalida el fallo por falta de objetividad, puesto que no ha merituado aspectos sustanciales obrantes en la causa.

"El a quo encuentra oportuna la cautelar decretada dentro del proceso amparista, por el convencimiento, que según manifiesta, se desprende de las constancias de la causa respecto de hechos, procesos, o prácticas que se están realizando en la actualidad, ...colocando en riesgo cierto y en plazo de inmediatez la supervivencia del Derecho protegido evitando su materialización, tanto más cuando, aún no se ha dado cumplimiento a los mecanismos legislados a tal fin... (sic)".

A continuación y pese a que no cabe duda de que el recurso interpuesto es el de apelación, indica que la sentencia que ataca es nula por falta de congruencia.

A tal extremo -dice el apelante- ha llegado el sentenciante, que ni siquiera ponderó la prueba pericial ofrecida ni la informativa, ni merituó los alegatos de las partes demandadas ni la prueba instrumental.

Indica luego que si bien el sentenciante lleva a cabo una acertada defensa de la competencia local, a continuación, y enfrentando sus propios fundamentos, pasa por alto las pruebas arrimadas a la causa por la provincia del Chubut, a quien, no obstante

reconocerle el poder de policía minera ambiental, le desconoce sus atribuciones al descartar en forma contundente los informes producidos en la causa, y "pasa por alto los términos en que fue confeccionada la defensa, al responder la acción de amparo instaurada".

"La falta de congruencia es evidente. Si reconocemos las órdenes impartidas desde la propia Constitución Nacional y el Código de Minería en cuanto al reparo de competencias para luego desconocer o negarle autoridad, como surge palmariamente del fallo en crisis, estamos ante la ruptura del orden institucional dado y por lo tanto en presencia de una sentencia judicial que debe ser inexorablemente anulada".

Luego, y como conclusión de su crítica, efectúa una exhortación al cumplimiento de las leyes y compromisos asumidos por la empresa al encarar un proyecto de indudable relevancia e importancia para la zona.

Resumidas así, en lo principal, las críticas vertidas por el recurrente, cabe entrar al análisis de las mismas a efectos de determinar si le asiste o no razón en su planteo.

Previo a ello, y tal como resulta expuesto en los agravios en análisis, debe este cuerpo tratar la nulidad de la sentencia que requiere la recurrente.

Sabido es que este recurso resulta ser de operatoria subsidiaria, en tanto procede cuando el de apelación no es útil para satisfacer los agravios del impugnante.

Así, y a este respecto, en la causa que tramitara por expte. 276/01, "Cano", se dijo: "...que para que proceda el recurso de nulidad, es necesario que la grave violación y omisión de las normas procesales se refiera a aquellas de carácter solemne, capaces por sí mismas de poner en evidente peligro el derecho que asiste a la parte reclamante infringiendo realmente el derecho de defensa,..." (C. Nac. Civ., sala C, 23/10/1985, LL 1986-B-626).

"Pero aun así como lo dejara señalado su procedencia está supeditada a que por vía de apelación no resulte posible atender a los agravios del recurrente, pues si los agravios son susceptibles de ser reparados a través del recurso de apelación, no corresponde considerar la nulidad deducida" (LL 1986-B-626; LL 1986-A-25; JA 1988-I-136)

En consecuencia, y conforme a lo expuesto, corresponde proceder al rechazo de la nulidad impetrada por la recurrente.

Entrando ahora al *análisis de los agravios* que trae el quejoso a conocimiento del tribunal, cabe expresar que en el primero de ellos ataca la legitimidad activa de la presentante.

A este respecto, y sin perjuicio de entender que la sentencia en crisis evalúa y funda con justeza esta cuestión para decidir sobre la misma, resulta oportuno, y en confirmación de lo resuelto, transcribir, por compartirlos este cuerpo, los siguientes conceptos que en torno al tema a resolver se encuentran plasmados en JA del 7/3/2001, n. 6236.

Allí se dice: "...en el tratamiento de este punto nos parece asimismo importante formular algunas consideraciones en torno a la llamada legitimación individual o particular y a la legitimación pública. Nuevamente acudimos a Cafferatta. En el mencionado trabajo nos recuerda así que tradicionalmente la legitimación activa frente a los tribunales se ha resuelto fácilmente: podrá reclamar un daño aquel que lo ha sufrido. Es decir, el damnificado directo, concreto, personal, inmediato, individual, la víctima del daño diferenciado, aquel que resulta atacado, menoscabado en su patrimonio material o moral, en síntesis según el criterio ortodoxo o clásico el titular de un derecho subjetivo lesionado es quien reviste la titularidad de la acción reparatoria. Pero aclara con razón que en la actualidad las agresiones ambientales afectan directamente a categorías enteras de individuos y no a individuos en particular: el interés colectivo que subyace detrás del daño de la misma naturaleza no puede ser atendido mediante los principios de corte individualista centrados en el interés legítimo del particular afectado.

"En este orden de ideas se ha sostenido con razón que la legitimación procesal para presentar demandas sobre asuntos ambientales permite hacerlo por daño ambiental a cualquier clase de bienes, sean éstos de propiedad de los particulares o cuando pertenecen al dominio público del Estado. En consecuencia no se hace distinción entre bienes de propiedad privada o del dominio del Estado al tratar de las acciones judiciales ejercidas para sancionar daños al medio ambiente y los recursos naturales (Pérez, Efraín, 'Derecho ambiental', 2000, Bogotá, Ed. Lily Solano Arévalo, p. 111)".

Asimismo, y siguiendo en el análisis lo expuesto en la revista ya referenciada, se transcribe, ya como conclusión al rechazo de esta queja, lo siguiente: "Ahora bien, volviendo al análisis del referido art. 43 CN., se tiene que dicho precepto otorga en primer lugar legitimación activa para demandar por daño ambiental al afectado. Dicha expresión conforme lo recordamos en nuestro trabajo 'La responsabilidad por daño al medio ambiente', JA 1996-IV- 878, ha dado origen a diversas interpretaciones. Así, para una primera corriente que podríamos denominar amplia, una interpretación conjunta de los términos afectados y derechos de incidencia colectiva en general, permite suponer una consagración de la legitimación para actuar a cualquier afectado en el reclamo de derechos colectivos. Participa de esta tesis Walsh, J. R., 'El medio ambiente en la nueva Constitución argentina' (conforme a esta tesis la palabra afectados está equiparada a la de vecinos para quienes es menester acreditar un mínimo interés razonable y suficiente, para constituirse defensor de derechos de incidencia colectiva o supraindividuales, LL suplemento de Derecho Ambiental, año 1, n. 1 (Bidart Campos, Germán, 'Tratado elemental del Derecho Constitucional argentino', t. VI, 1994, entre otros).

"Por tanto, para esta corriente amplia de la que participamos, con

Es indudable que conforme a la tesis expuesta, la que -como se ha dicho- comparte este tribunal, *resulta solamente necesario acreditar un mínimo de interés razonable y suficiente para poder constituirse en defensor de derechos de incidencia general o supraindividuales, interés que ha acreditado la presentante* (art. 111 Const. provincial.).

Continuando ahora con el análisis de otra de las quejas vertidas por la demandada en el sentido de que el judicante no ha respetado la jerarquía de normas, la misma no resulta exacta; ello es así, puesto que en Catalano, Edmundo F., "Código de Minería comentado", 1999, Ed. Zavallia, p. 371 y ss., se lee lo siguiente: "En un Estado de organización política federal la distribución de los poderes constitucionales para arreglar las cuestiones ambientales constituye una tarea difícil. Cada provincia, cada municipio aspira a que se respete el derecho jurisdiccional de mantener la identidad e integridad de sus ecosistemas, la diversidad de su flora y su fauna silvestres, al aire, agua, suelo y bellezas naturales, a menudo amenazadas por las vigencias de normas permisivas existentes en otras jurisdicciones y que influyen en las propias, dado los vínculos interactivos que entrelazan a los ecosistemas tanto a nivel local, nacional e internacional".

A este respecto, el art. 41 CN., al regular las cuestiones ambientales, y su complementario, el art. 43 , que está referido a los procedimientos para su protección y defensa, han adoptado un sistema mismo que concilia los derechos que tiene todo habitante del territorio argentino a gozar de un ambiente sano, garantizándole a tales efectos la vigencia de presupuestos mínimos de protección en todos los niveles jurisdiccionales.

Así, en la mencionada obra y con referencia a los artículos antes mencionados, se lee: "En consecuencia es facultad constitucional de la Nación fijar los estándares o niveles mínimos de protección ambiental, con vigencia en todo el territorio nacional, y a las provincias establecer las normas y los procedimientos complementarios, reglamentando la aplicación de esos estándares o presupuestos en las jurisdicciones locales, de acuerdo con las características de sus ecosistemas, pero sin transgredir los niveles fijados por las

leyes nacionales debajo de las cuales la forma de vida corre serios riesgos de extinguirse".

Siguiendo con esta cuestión, también se lee en la obra ya citada (p. 372): "La destrucción del paisaje, el deterioro del suelo y las perturbaciones de todo orden que ocasionan los trabajos en las proximidades de los centros poblados, han agudizado el problema ambiental, especialmente a nivel municipal pasando a ocupar un primer lugar en las preocupaciones de los gobiernos".

No cabe duda de que el daño es una consecuencia inevitable en la actividad minera, y, por ello, la política ambiental debe tender a prevenirlo, y en caso de no poder evitarse, su objetivo será minimizar sus efectos a los fines de la conservación no sólo para el presente sino para la integridad futura de los ecosistemas.

Esta facultad, que no cabe duda es reconocida a la provincia, es la que ella ha ejecutado mediante el dictado de la ley 4032 y si decreto reglamentario, los que han sido aplicados por el sentenciante sin violar, como lo pretende la recurrente, el principio de la jerarquía de normas.

Por el contrario, ajustándose a ese principio y en virtud de las facultades que se le delegaran, dictó las normas ya mencionadas y que son de estricta aplicación a la cuestión en debate.

En consecuencia, corresponde rechazar la queja bajo análisis, ya que en autos, y tal como se ha venido sosteniendo, no ha violado el sentenciante el orden jerárquico normativo vigente.

Resuelta esta cuestión, cabe entonces entrar a considerar la existencia o no de la verosimilitud del derecho alegado por la amparista para lograr el dictado de la medida cautelar dictada, aspecto éste que debe conjugarse juntamente con el peligro en la demora.

Para ello, y como inicio de análisis, resulta oportuno precisar que las medidas cautelares son los instrumentos legales o medios técnicos a los cuales se recurre a fin de asegurar, garantizar o conservar el objeto de la acción. No tienen un fin en sí mismas, sino que son accesorias, sirviendo a un proceso principal.

Las medidas cautelares no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo el de su verosimilitud, y el juez las otorga sin prejuzgar sobre el fondo del asunto. "Para designar a este requisito se suele emplear la expresión *fumus boni iuris* (humo de buen derecho)"; conf. Arazi y Rojas, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", t. I, p. 623.

Señalan los autores mencionados que la verosimilitud, a efectos de las medidas precautorias, si existe, está influida por la índole del reclamo principal, destacando este cuerpo que la vinculación es más estrecha y delicada cuando se pretende asegurar los derechos que versan sobre la indemnidad del medio ambiente.

Así ello, se observa que conforme los dictámenes periciales obrantes en la causa -y que cita el judicante en el fallo atacado-, no queda duda alguna respecto de la existencia de un impacto ambiental como consecuencia de las tareas desarrolladas por la empresa en la etapa de exploración, por lo que, para esta etapa procesal -no debemos olvidar que la medida atacada sólo resuelve sobre la procedencia de una medida cautelar-, existe una posibilidad cierta, clara y concreta respecto de que los trabajos o tareas llevadas a cabo por la empresa sean capaces, con un grado de probabilidad suficiente, de producir un deterioro en el medio ambiente que pudiera llegar a ser irreparable; de allí que el peligro en la demora existe y es claro y concreto.

Que cabe reiterar que la protección del medio ambiente, con las características que ya fueran precisadas en los párrafos anteriores de este resolutorio, necesita de una rápida y efectiva protección a efectos de que no se torne ilusorio el derecho que se ejerce

mediante la acción de amparo instaurada, y que en definitiva se deberá resolver atento al planteamiento traído a la instancia judicial. Es por ello que este tribunal entiende que la medida cautelar decretada en el fallo en crisis merece ser confirmada.

Resuelta esta cuestión, corresponde entrar al análisis de la última queja traída por la recurrente, en la que se agravia respecto de la decisión tomada por el a quo en cuanto dispone que la caución, a efectos de garantizar los posibles daños y perjuicios que podría producir la medida adecuada, sea solamente juratoria.

Tradicionalmente se han considerado por la doctrina -y plasmado en los Códigos Procesales- como requisitos de procedencia de las medidas cautelares en general: a) la verosimilitud del derecho (*fumus boni iuris*); b) el peligro en la demora (*periculum in mora*); y c) la contracautela suficiente por los daños que pudieren resultar de la medida. Sin embargo, con razón se ha dicho que "la caución no es un requisito esencial ni hace a la naturaleza de la medida cautelar" (Arazi y Rojas, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", t. I, 2000, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 62), a tal punto que el mismo art. 200 CPCCN. menciona casos en que no se exige contracautela. En este sentido, también, "se ha sostenido que la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora son requisitos esenciales para la procedencia de la medida cautelar, en tanto que la contracautela es un requisito de cumplimiento (Tribunal del Trabajo n. 2 de San Isidro, 22/8/1988, JA 1990-I-278 [citado por Arazi y Rojas, 'Código Procesal Civil y Comercial de la Nación' cit., nota. 47])". Pero ¿qué ocurre ante la falta de una norma en el digesto procesal de la provincia que expresamente autorice a prescindir de la contracautela en los procesos en los que se trata de proteger y asegurar el derecho al medio ambiente?

Anticipamos nuestra coincidencia con Podetti en el entendimiento de que la caución juratoria "nada añade a la responsabilidad de quien obtuvo la medida, que no depende de su voluntad ni de su juramento" (citado por Palacio, "Derecho Procesal Civil", t. VIII, 1985, Ed. Abeledo-Perrot, p. 40, nota 62); mas ¿cómo compatibilizar normas procesales que exigen una contracautela que, fundada en el principio constitucional de igualdad ante la ley, tiende a compensar la falta de bilateralidad o controversia con el plexo de normas constitucionales (arts. 41 y 43 CN.; arts. 66 inc. 7, 109, 110 y 111 Const. prov.) que exigen una efectiva protección del medio ambiente?

La solución la encontramos en la debida flexibilización de las normas procesales que autoriza el principio constitucional de prioridad del ambiente, que permite relativizar el interés individual de la empresa ante el interés superior de la comunidad. En esta dirección apunta la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires al decir: "La tutela del medio ambiente, patrimonio de todos, justifica soluciones expeditivas, usualmente extrañas a los tiempos que suele tomarse la justicia ya que el deterioro ambiental progresa de modo casi exponencial y las soluciones tradicionales aparecen como inapropiadas para detenerlo, por lo que interpretar ampliamente las atribuciones judiciales en esta materia y justificar cierto grado de transgresión de normativas que no se han adaptado a la realidad no debe entenderse como una indebida limitación a las libertades individuales, pues no hay libertad para dañar el ambiente ajeno ni para restringir la libertad que tiene todo individuo de usar y gozar del ambiente" (Sup. Corte Buenos Aires, 19/5/1998, "Almada, Hugo N. v. Copetro S.A. y otro" Ver Texto ; "Irazu, Margarita v. Copetro S.A. y otro"; Klaus, Juan J. v. Copetro S.A. y otro"; LL 1998-943, con nota de Gabriel Stiglitz, RCyS 1999-530). Por otra parte, "si hoy el derecho a un ambiente sano y equilibrado, apto para el desarrollo humano, está constitucionalmente garantizado para todos los habitantes y para las generaciones futuras (art. 42 CN.), el mandato preventor brinda la solución adecuada y habrá de tenerse en cuenta que la misión de prevenir el acaecimiento o la repetición de daños probables se cuenta entre las

atribuciones implícitas que debe ejercitar el juez con responsabilidad social de hogaño" (C. Apels. Civ. y Com. La Plata, sala 3ª, 9/2/1995, "Almada, Hugo N. v. Copetro S.A. y otro" ; "Irazu, Margarita v. Copetro S.A. y otro" ; "Klaus, Juan v. Copetro S.A. y otro" ; LL 1996-46, JA 1995-IV-175).

Dentro de este contexto, y *merituando muy especialmente que en el proceso ambiental se enfrentan, por definición, dos partes muy desiguales -generalmente un ciudadano común contra un importante sujeto económico-, esta Cámara estima que es improcedente la exigencia de contracautela -real o personal- para el otorgamiento de medidas precautorias dictadas en el marco procesal de un amparo ambiental, pues lo contrario, en la mayoría de los casos, implicaría lisa y llanamente tornar ilusorio el derecho de jerarquía superior que se pretende proteger (conf. Juzgado Criminal y Correccional Mar del Plata n. 1, transición, 23/9/1999, "Jaime, Eduardo E. y otros", LL 2001-114).*

Por ello, la C. Apels. del Noroeste del Chubut resuelve: 1º) Confirmar la resolución de fecha 19/2/2003 obrante a fs. 234/236 del presente incidente, por los fundamentos expuestos en los considerandos pertinentes. 2º) Regístrese, notifíquese y devuélvase.- Carlos S. Margara.- Randal C. Rowlands.- Benjamín Moisés. (Sec.: Gerardo Tambussi).

X. BIBLIOGRAFÍA

- VALLS, Mariana – “DERECHO AMBIENTAL. Los Grandes Problemas Ambientales que enfrenta la Argentina a fin de Siglo”. Ciudad Argentina. Buenos Aires. 1999.
- PIGRETTI, Eduardo A. “DERECHO AMBIENTAL”, Depalma, Buenos Aires, 1997.
- SAGÜES, Néstor Pedro, “Elementos de Derecho Constitucional” ,Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999, Tomo 2.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Derecho Ambiental. Fundamentación y normativa”, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.
- VALLS, Mario F., “La Ley 25675 General del Ambiente. Una miscelánea de medidas protectoras del ambiente uniformes que sigue dispersando la legislación ambiental federal”, Doctrina Jurisprudencia Argentina, Tomo III, pág. 1294, 2003.
- PEYRANO, Guillermo F., “Medios procesales para la Tutela Ambiental”, Doctrina Jurisprudencia Argentina, Tomo I, 1173, 2001.
- ROSATTI, Horacio D., “Derecho Ambiental Constitucional”, Rubinzal –Culzoni Editores, Santa Fe, 2004.
- Código Civil Argentino
- Ley 25.675 Política Ambiental Nacional
- Ley 11.717 de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Provincia de Santa Fe
- Declaración de Río de Janeiro 1992, sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo

XI. CITAS BIBLIOGRÁFICAS

- ¹ WOLFGANG HOFFMAN-REEM, “La reforma del Derecho Administrativo”, Documentación Administrativa n.234, pág.2, abril-junio, 1993
- ² CASAGNE Juan Carlos, “Sobre la protección ambiental”, La Ley 1995-E-1217.
- ³ VALLS, MARIANA, “Derecho Ambiental los grandes problemas ambientales que enfrenta la Argentina a fin de siglo”, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999, pág. 18.
- ⁴ Así, la convencional Elva P.Roulet explica porque motivos se desechó esa alternativa y se escogió, en cambio, el dictado de presupuestos mínimos, en “Obra de la Convención Nacional Constituyente -1994”, Tomo 2, expediente 53. ED. La Ley, Buenos Aires 1995, pág. 866
- ⁵ ubicado en el capítulo II de la Constitución Nacional, titulado “Nuevos derechos y garantías”
- ⁶ SAGÜES, Néstor Pedro, “Elementos de Derecho Constitucional” ,Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999, Tomo 2, pág. 335
- ⁷ VALLS, Mario F. “Primeras reflexiones sobre las cláusulas ambientales de la Constitución”, El Derecho del 24/8/94, punto IV: la preservación del ambiente como carga pública constitucional.
- ⁸ GAMBIER Y LAGO, en “El medio ambiente y su reciente recepción constitucional”, El Derecho, diario del 29/6/95, pág. 31 expresan: “También el nuevo artículo 41 en cuanto, refiriéndose al ambiente, impone a todos los habitantes de “deber de preservarlo”, plantea la posibilidad de interpretar que existe un paralelismo entre deber y legitimación, en el sentido de que si todos tenemos el deber de preservar el ambiente, a todos nos correspondería la legitimación necesaria para hacerlo.”
- ⁹ KAUFFMAN, Gustavo Ariel, “La ley de residuos peligrosos frente a la reforma constitucional”, La Ley T.1995-A, sección doctrina, pág. 834
- ¹⁰ Legislación sobre medio ambiente, Ed. Civitas, Madrid 1991 y Normativa medioambiental, Ed. Ecoiuris, Madrid, 1994.
- ¹¹ Lei Nacional do meio ambiente N 6938, del 31/8/81, con las modificaciones efectuadas por la ley 7804 de 1989 y la ley 8028 de 1990, publicada en el apéndice de legislación del libro “Direito ambiental Brasileiro” de LEME MACHADO, Paulo Affonso, págs. 559 a 565.
- ¹² Jurisprudencia Argentina 1986 –IV-139-, con nota de Carlos A. Ghersi
- ¹³ TRIGO REPRESAS, Félix, “Responsabilidad civil por daño ambiental”, en JA. 1999-IV-1180
- ¹⁴ STIGLITZ, Gabriel, “Responsabilidad civil por contaminación al medio ambiente”, LL 1983-A-782.
- ¹⁵ CAFFERATTA, Néstor, “Intereses Difusos Ambientales”, Buenos Aires, La Ley, nro. 131, 10/7/03
- ¹⁶ Suprema Corte de Buenos Aires, 19-5-1998, Klaus c/Copetro SA, LLBA 1998-940 y SCBA, mayo 19-1998 Almada c/Copetro SA, op.cit. pag.528
- ¹⁷ FAGRE, Daniel. “Señales de la Tierra”, National Geographic, septiembre, 2004, vol.15, pág. 14
- ¹⁸ FRASER, Bill. “Señales de la Tierra”, National Geographic, septiembre, 2004, vol. 15, pág. 39.
- ¹⁹ ANDORNO Luis O. La Responsabilidad por daño ambiental, JA.1999-IV-1074.
- ²⁰ CN.Civil Sala I, La Ley 1995 –C, página 360

²¹ Cámara Federal La Plata, Sala 1, Jurisprudencia Argentina, N° 6101, 05/08/1998

²² SCBA, Buenos Aires, mayo 19-1998, Almada c/Copetro SA, op. Cit.pág.528.

²³ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Derecho Ambiental. Fundamentación y normativa”, Abeledo-Perrot, 1995, pag. 41.

²⁴ MORELLO, Augusto M. “los Derechos del Hombre de Tercera y Cuarta Generación”, Estudios de Derecho Procesal. Nuevas demandas. Nuevas respuestas. Editorial Platense. 1998.

²⁵ “Seller, María c/MCBA. s/amparo”, C.Nac.Civ., sala D, 28/8/1995, ED 165-219

²⁶ WALSH, Juan Rodrigo, “Ambiente, Derecho y sustentabilidad, La Ley, Buenos Aires, 2000.

²⁷ VALLS, Claudia, Responsabilidad por Daños y Perjuicios Ambientales

²⁸ “Con el fin de proteger el ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente en criterio de la precaución. Cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces...”, Declaración de Río de Janeiro, 1992, principio 15,

²⁹ PIZARRO, Ramón Daniel, “Daños Punitivos”, publicado en “Derecho de daños”, segunda parte, en homenaje al Dr. Félix Trigo Represas, Ed. La Rocca, pag. 291

³⁰ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, “Conviene la introducción de los llamados “daños punitivos” en el derecho argentino?” Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Anticipo de Anales, año XXXVIII, segunda época, nro.31, pag. 53, nota 131.

³¹ PEYRANO, Guillermo F., “La tutela del medio ambiente a través de la medida autosatisfactiva, La problemática de la “alta probabilidad del derecho” del peticionante, JA. 1998 –IV-1008.